

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

L'ACTE JURIDICTIONNEL ET L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE

ESSAI CRITIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

le lundi 18 mai 1934, à 3 heures du soir,

PAR

Raymond GUILLIEN

LAURÉAT DE LA FACULTÉ

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

BORDEAUX
IMPRIMERIE DE L'UNIVERSITÉ
Y. CADORET
3, PLACE SAINT-CHRISTOLY, 3

1934

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

L'ACTE JURIDICTIONNEL ET L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE

ESSAI CRITIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

le lundi 18 mai 1931, à 3 heures du soir,

PAR

Raymond GUILLIEN

LAURÉAT DE LA FACULTÉ
AVOCAT A LA COUR D'APPEL

BORDEAUX
IMPRIMERIE DE L'UNIVERSITÉ
Y. CADORET
3, PLACE SAINT-CHRISTOLY, 3

1931

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

PROFESSEURS HONORAIRES :

MM. SAUVAIRE-JORDAN, * I.; BARDE, *, * I.; LESCURE, * I., †;
DE BOECK, *, * I.; NOAILLES, * A.

MM. FERRON, *, * I., *Doyen*, professeur de *Droit commercial*.

BENZACAR, *, * I., professeur d'*Economie politique*.

FERRADOU, * I., *Assesseur du Doyen*, professeur d'*Histoire du droit* et chargé d'un cours d'*Histoire du droit privé* et d'un cours d'*Histoire du droit public* (Diplômes d'études supérieures).

MARIA, * I., professeur de *Droit romain*.

MARGAT, * I., professeur de *Droit civil* et chargé d'un cours de *Droit international privé* (Licence).

BOONECASE, * I., professeur de *Droit civil* et chargé d'un cours de *Droit maritime* (3^e année).

PALMADE, * A., †, professeur de *Droit civil*.

VIZIOZ, * A., professeur de *Procédure civile* et chargé d'un cours de *Droit civil comparé* (Diplôme d'études supérieures).

BONNARD, * I., †, professeur de *Droit administratif* et chargé d'un cours de *Droit constitutionnel comparé* (Diplôme d'études supérieures).

POPLAWSKI, * I., professeur de *Droit criminel* et chargé d'un cours de *Législation industrielle*.

BOYÉ, * A., †, professeur de *Droit romain*.

MOUNIER, * I., professeur d'*Économie politique*, chargé d'un cours d'*Histoire des doctrines économiques* (Diplôme d'études supérieures).

BIBIÉ, *, †, professeur de *Droit international public*.

RÉGLADE, professeur de *Droit constitutionnel et administratif*.

GARRIGOU-LAGRANGE, agrégé, chargé d'un cours de *Législation financière* (3^e année), d'un cours d'*Economie politique* (Diplôme d'études supérieures) et d'un cours de *Législation coloniale* (3^e année).

LABORDE-LACOSTE, * A., professeur à la Faculté de droit d'Aix, chargé d'un cours de *Droit civil* (Licence), des cours de *Droit civil* (Capacité) et d'un cours d'*Enregistrement*.

HUBRECHT, chargé de cours (*Droit romain*).

ROUSSEAU, chargé de cours (*Droit international public*).

M. BEAUDUN, * I., *Secrétaire*.

M^{me} COSTES, *Secrétaire adjointe*.

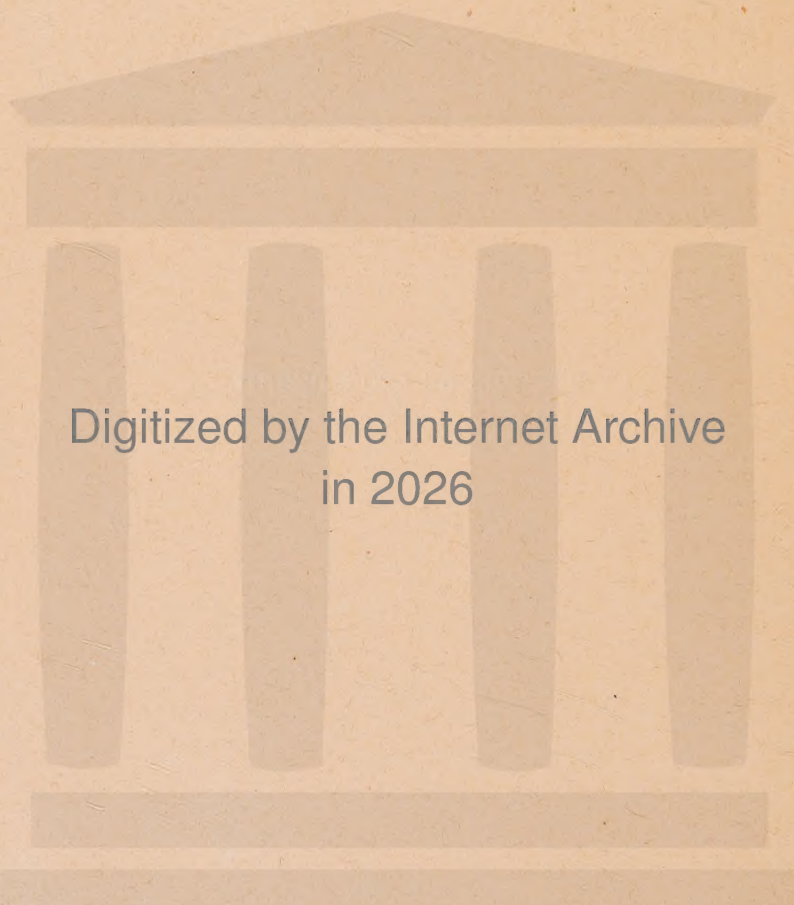
M^{me} SOUBIE, *Bibliothécaire*.

COMMISSION DE LA THÈSE

MM. VIZIOZ, professeur.....	Président.
FERRON, doyen, professeur.....	} Suffragants.
BONNARD, professeur.....	



A LA MÉMOIRE DE LÉON DUGUIT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

L'ACTE JURIDICTIONNEL

ET

L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE

INTRODUCTION

On dit ordinairement que l'Etat, pour faire face à ses attributions, est investi de trois fonctions : les fonctions législative, administrative et juridictionnelle.

Certains juristes, cependant, s'en référant à une distinction ancienne, acceptent encore de réunir dans une fonction unique, dite fonction exécutive, les fonctions juridictionnelle et administrative. Les théoriciens du droit n'ont donc pu réaliser l'accord sur l'existence d'une fonction juridictionnelle distincte, et les divergences vont s'accusant lorsque, afin de démontrer son autonomie, on se propose de déterminer ses caractères propres.

En revanche, il n'est peut-être personne pour douter qu'il soit certains actes, normalement accomplis par les agents de l'ordre judiciaire, ayant une valeur à part, *l'autorité de la chose jugée*. Les discussions renaissent, quant à cette autorité, sur le problème de ses caractères, de son rôle et de ses effets. Mais son existence même n'est pas mise en doute, bien qu'on n'ait pas su préciser, soit au moyen de

leur nature, soit en considérant leur auteur, les actes qui doivent en jouir.

Désireux de ne prendre maintenant position d'aucune sorte, nous rappellerons seulement que, sur le terrain de l'organisation de l'Etat, un pas décisif est franchi avec la répression des tentatives de justice privée et l'établissement d'une justice publique. Des organes sont choisis et désignés pour trancher les conflits que la vie de société provoque. Si nous admettons, pour l'instant, et par définition, que ces organes soient investis de la *fonction juridictionnelle*, nous pourrions dire que *l'acte juridictionnel* est celui qui tranche un conflit, conflit auquel se doit de mettre fin une organisation étatique bien comprise.

Un tel acte juridictionnel n'aura de valeur que s'il est respecté. Mais imposer l'obéissance aux injonctions qu'il contient ou entraîne ne suffit pas. Il faut en faire, en soi, un monument durable. Aussi, chacun de reconnaître que, le conflit une fois tranché, l'acte juridictionnel une fois rendu, il ne doit plus être possible de revenir devant la justice pour tâcher d'en obtenir un second acte juridictionnel s'appliquant au même conflit.

On exprime la nécessité de tenir pour acquis l'acte juridictionnel *en disant qu'il a l'autorité de la chose jugée*.

Celle-ci apparaît donc comme délimitant un domaine réservé sur lequel le magistrat ne peut pénétrer. Si quelque plaideur l'invite à l'y suivre, sa partie au procès ne manquera pas d'invoquer l'exception de chose jugée. A la prétention de faire examiner un certain conflit, elle opposera qu'un organe compétent l'a déjà résolu, que l'ordre public ne peut s'accommoder de retours sur des problèmes juridictionnels liquidés. Après vérification du bien-fondé de l'exception, le juge devra lui faire droit.

L'autorité de la chose jugée confère donc à certains actes une véritable majesté. Du même coup elle fait ressortir toute l'importance des décisions juridictionnelles. Le magistrat engage et peut compromettre l'avenir. Ses erreurs, entre toutes, sont à craindre. Et ceci nous fait deviner quelle attention l'on doit apporter à la conduite des instructions, à la réunion des faits de la cause, avec quelle minutie il convient de peser les éléments d'un procès. Au magistrat, l'autorité de la chose jugée doit donner conscience de la gravité de son rôle; aux parties, elle dit d'organiser leur défense avec soin; au législateur, enfin, elle montre qu'il faut offrir à chacune d'elles tous les moyens utiles, peut-être superflus, de plaider avec fruit.

Satisfaction obtenue sur tous ces points, l'ordre public triomphe sans restriction. Même au cas d'erreur de la part du juge, les parties devront s'incliner : la loi est censée prévoir et organiser toutes les garanties humaines de bonne justice.

Concilier les besoins de l'ordre public et l'intérêt des parties est donc, en théorie du moins, relativement aisé. Le problème va devenir beaucoup plus délicat lorsque, abandonnant les parties au procès, on s'inquiétera de l'intérêt des *tiers*. L'esprit, facilement généreux, consentirait sans trop de peine à ce que ceux-ci puissent invoquer la chose jugée dans la mesure où elle peut les servir. Mais comment admettre qu'il soit possible de leur opposer des solutions juridictionnelles que, souvent, ils auront ignorées, auxquelles, toujours, ils n'auront pu contribuer ? Les précautions édictées par la loi dans l'intérêt du plaideur disparaissent, quant à eux, par la force même des choses : plus de défense ou de contradiction possible. Et combien redoutable deviendra la tâche du juge, dont les actes produiront

des effets qu'il n'aura pas prévus, à l'égard de personnes qu'il n'aura pas connues.

Envisagée de la sorte, la question devient question d'équité. Et c'est pourquoi, l'histoire nous le montre, on sacrifia promptement l'ordre public aux garanties dues à l'individu. Ainsi se constitua *la théorie de l'autorité relative de la chose jugée*. L'interdiction de porter devant la justice une question déjà résolue ne visait plus, dès lors, que les parties au procès, puisque, seules, elles étaient protégées par les garanties qu'organise la loi. Et l'on admit aussi que, réciproquement, les tiers au procès ne pourraient davantage, pour en bénéficier, invoquer un jugement.

Consignée déjà au Code de Justinien⁽¹⁾, cette théorie a traversé, intacte, notre ancien droit, pour acquérir sa forme actuelle dans le célèbre article 1351 du Code civil :

« L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; *que la demande soit entre les mêmes parties*, et formée par elles et contre elles en la même qualité. »

Ce texte devait être la source de nombreuses difficultés. Et, d'abord, cet article ne s'applique-t-il, comme pourrait le faire croire sa place dans le chapitre des preuves au titre des contrats, qu'aux jugements rendus en matière d'obligations contractuelles, ou bien est-il un principe d'ordre général ? On y voit, d'ordinaire, un principe fondamental, et les juridictions les plus diverses en font une application, parfois laborieuse, dans les problèmes contentieux de toute nature. Alors surgit une deuxième difficulté.

(1) Gordien, C., 7, 56. *Quib. re. jud., 2; Res inter alios iudicatæ neque emolumentum adferre his, qui iudicio non interfuerint, neque præjudicium solent inrogare.*

Car il est des cas où l'intransigeante application que l'on fait de l'article 1351 provoque de grands embarras. Le cas-type est celui *des questions d'état des personnes*. Etant considéré comme acquis qu'on ne peut appeler au procès tous les individus qui auront un jour intérêt et qualité à invoquer ou répudier la solution juridictionnelle, va-t-on appliquer l'article 1351, ou bien l'exclure du débat ? Va-t-on faire que tel individu, reconnu après action en recherche de paternité fils naturel de tel autre individu, sera toujours, *erga omnes*, fils naturel de cet individu, ou bien va-t-on décider que le jugement n'aura de valeur qu'à l'égard des parties au procès ?

Entre les deux termes d'une pareille alternative, le bon sens n'hésite pas. L'ordre public n'accepte pas que l'état d'une personne puisse varier. Et le problème se présente ainsi sous la forme d'un conflit entre la logique et un texte, ou mieux le sens qu'on donne à ce texte. Pour le résoudre, on crut suffisant d'apporter une exception, importante il est vrai, au principe de l'autorité relative, principe auquel on n'osait pas toucher. Certains jugements jouiraient d'une valeur égale au regard des parties et des tiers : *ils auraient une autorité absolue*. La théorie du contradicteur légitime, celle de l'indivisibilité de l'état, n'avaient d'autre but que de déterminer quels seraient ces jugements-là. Sur la critique de ces théories nous n'entendons pas revenir ⁽²⁾. Mais nous allons insister sur les deux derniers systèmes proposés et encore utilisés par la jurisprudence. Ils reposent, le premier sur la distinction des jugements constitutifs et déclai-

(2) Voir *Traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie*, 3^e éd., t. IV, n^{os} 419 et suiv., et *Traité élémentaire de droit civil de MM. Planiol et Ripert*, 10^e éd., t. I, n^{os} 441 et suiv. Voir aussi *Traité pratique de droit civil français* de MM. Planiol et Ripert, 1923, t. I, n^{os} 32 et suiv.

ratifs, le second sur la constatation que certaines actions sont exclusivement réservées à des personnes déterminées.

1° SYSTÈME FONDÉ SUR LA DISTINCTION DES JUGEMENTS CONSTITUTIFS ET DÉCLARATIFS.

Chéneaux, entre autres auteurs, en a fait l'exposé dans sa thèse de doctorat, pour le reprendre dans le *Traité de Baudry-Lacantinerie* ⁽³⁾.

On désigne par le terme de *constitutif* le jugement qui crée un nouvel état de choses, dont il résulte une modification dans la situation juridique d'une personne. C'est le cas des jugements de séparation de corps, de divorce, d'interdiction. De tels jugements devront jouir de *l'autorité absolue*. Chéneaux fait appel, pour le démontrer, à l'idée que l'ordre social ne saurait admettre qu'il en soit autrement ⁽⁴⁾. Il en vient ensuite à affirmer que les jugements constitutifs ont une nature spéciale, parce que le problème qu'ils ont pour mission de résoudre ne peut se poser qu'« entre certaines personnes » ⁽⁵⁾.

(3) Chéneaux, *De l'autorité de la chose jugée sur les questions d'état et de capacité*, thèse Bordeaux, 1895, et *Traité de Baudry-Lacantinerie*, t. IV.

(4) « L'état et la capacité sont en général en dehors des conventions des parties, à raison de leur importance considérable au point de vue social. C'est, dans certains cas, aux tribunaux que la loi permet de les modifier, en vue d'éviter les fraudes qui auraient pu être commises si ce droit avait été accordé aux intéressés eux-mêmes. Il faut bien que la situation nouvelle donnée à ceux-ci par la décision judiciaire existe à l'égard de tous, que leur état nouveau soit aussi stable que celui qu'il remplace; autrement le but visé par le législateur n'aurait pas été atteint. A quoi aurait servi, par exemple, qu'un jugement eût prononcé le divorce, si les tiers pouvaient encore invoquer contre les époux les effets résultant du mariage ? En permettant à la justice de pourvoir un individu d'un conseil judiciaire, la loi a voulu protéger celui-ci contre les actes par lesquels il pourrait dissiper son patrimoine : en quoi consisterait cette protection si les tiers pouvaient, même après le jugement, considérer cette personne comme pleinement capable. » (*Op. cit.*, p. 50.)

(5) « D'ailleurs, les jugements constitutifs de l'état et de la capacité

On désigne, au contraire, par jugements *déclaratifs* ceux qui n'ont pour rôle que de constater des situations juridiques préexistantes (on les appelle encore *récognitifs*). Chénieux estime que les raisons précédentes disparaissent ici et il n'hésite pas à faire application de l'article 1351, malgré les conséquences, au moins curieuses, que la relativité de la chose jugée entraîne parfois. C'est ainsi qu'il ne recule pas devant la solution suivante : un enfant peut être fils légitime d'une femme mariée à l'égard de cette femme, et n'être pas le fils de cette femme au regard du mari. « Puisque le jugement rendu avec le mari n'a aucun effet à l'égard de la femme, et réciproquement, tout doit se passer, en ce qui concerne chacun d'eux, comme si aucune instance n'avait été engagée avec l'autre. » (6).

Malgré leur apparence logique, de telles affirmations soulevèrent de nombreuses critiques. Elles furent précisées à l'occasion d'un important arrêt de la Cour de cassation en

différent, par leur nature, des jugements ordinaires. Si, en principe, ces derniers ne produisent pas d'effets à l'égard de ceux qui n'ont été ni parties ni représentés au procès, c'est que ceux-ci ont des intérêts, des droits distincts de ceux des parties en cause, et qu'ils peuvent faire valoir dans un autre procès, où la question qui avait été précédemment résolue entre les parties sera de nouveau soulevée. On ne peut, sans injustice, leur opposer une sentence qui préjudicie à ces droits et qui a été rendue sans qu'ils aient pu les défendre. Au contraire, lorsque les tribunaux sont appelés à modifier l'état ou la capacité d'une personne, ils n'ont pas à se préoccuper de l'intérêt des tiers. La loi ne reconnaît pas à ceux-ci qualité pour prendre part à un semblable débat, en se fondant simplement sur l'intérêt qu'ils peuvent avoir à ce que l'état ou la capacité de la personne en cause soit maintenu ou modifié pour l'avenir. Le juge ne doit tenir compte que de la situation particulière de cette personne; peu lui importent les conséquences que son jugement pourra produire à l'égard des tiers. Il doit simplement rechercher si les conditions prescrites par la loi se trouvent réunies.

» En résumé, les débats de cette nature ne peuvent être soulevés qu'entre certaines personnes seulement. Elles seules ont qualité pour y prendre part, tant en demandant qu'en défendant. Et le jugement rendu entre elles fait autorité entre tous. » (*Op. cit.*, p. 51.)

(6) *Op. cit.*, p. 93.

date du 23 avril 1925. Voici l'espèce : Un individu décède après avoir fait un testament instituant légataire particulier un sieur Gervais. Dans l'intérêt de son fils, une demoiselle Rougier intente contre les héritiers du *de cujus* une action en recherche de paternité. Elle triomphe. Le légataire particulier fait tierce opposition au jugement déclaratif de paternité naturelle, prétendant que ce jugement ne peut lui être opposable, parce qu'il n'était pas partie au procès. Sur arrêt de la Cour de Montpellier déboutant le sieur Gervais de sa tierce opposition, pourvoi en cassation est formé et la Cour suprême casse pour différents motifs, dont les deux principaux sont les suivants :

« Attendu que ... les articles 315 et 317 du Code civil, qui reconnaissent qualité à toute personne intéressée pour contester l'état dont un enfant a la possession de droit ou de fait et, par conséquent, pour défendre à l'action en recherche de la filiation légitime ou naturelle, ont pour corollaire nécessaire que la déclaration de paternité naturelle obtenue judiciairement en l'absence d'un intéressé n'est pas irréfragable à son encontre;

» Attendu que le légataire particulier est ... recevable à recourir à la voie de la tierce opposition, que la décision à intervenir sur son action lui assurera, le cas échéant, le bénéfice intégral de la libéralité, les conséquences juridiques de l'état reconnu à l'enfant vis-à-vis des héritiers étant susceptibles d'être divisées à l'égard et au profit du légataire particulier, lequel n'est intéressé qu'au point de vue pécuniaire; ... »

De l'étude de l'arrêt, il résulte, semble-t-il, que la Cour de cassation tire de certains textes des conclusions peu justifiées. S'appuyant sur les articles 315 et 317 du Code civil, elle proclame le droit qu'a tout intéressé de contester

la possession d'état de droit ou de fait d'un individu et elle en déduit qu'un jugement déclaratif d'état n'est pas irréfragable à l'égard d'une personne déterminée. Or, si la loi, par les articles 315 et 317, a donné à toute personne intéressée le droit de *contester l'état* d'un individu, elle n'a autorisé personne à négliger ou mépriser l'acte qui constate cet état. Ne doit-on pas dire, au contraire, que si la loi juge bon d'autoriser à attaquer l'état, c'est qu'elle a entendu donner à l'acte qui le constate une valeur *erga omnes* ? Les conclusions de la Cour suprême ne sont-elles pas simplement l'inverse de ce qu'elles devraient être ? Toujours est-il que rien ne permet de conclure à cette « division des conséquences juridiques » de l'état des personnes dont la Cour de cassation fait l'une des pièces essentielles de son raisonnement.

De l'étude de l'hypothèse, il résulte, ensuite, que nous sommes en présence d'un jugement *déclaratif* ou *récognitif*. La thèse acceptée par un grand nombre d'auteurs, soutenue par Chéneaux, veut que ce jugement n'ait qu'une autorité relative. La Cour suprême se rallie à cette doctrine. Peu importe que le jugement tranche une de ces questions qui, *a priori*, intéressent ou sont susceptibles d'intéresser toute personne, tout membre du corps social. Un enfant demandeur en recherche de paternité naturelle pourra être déclaré fils de tel individu : il ne le sera qu'à l'égard de certaines personnes strictement désignées, les parties au procès. La théorie même du contradictoire légitime, si judiciaire parfois, est mise en échec par l'arrêt du 23 avril 1925. La théorie de la représentation, enfin, ne pouvant jouer qu'à l'égard des ayants cause à titre universel, un individu aura simultanément et suivant les personnes plusieurs états.

De telles conséquences ne pouvaient manquer de passer inaperçues. Reprenant un à un les arguments de la Cour suprême, M. Savatier les a condamnés pour des raisons de texte, de logique juridique, et surtout des raisons de bon sens⁽⁷⁾. Il a montré les dangereux abus auxquels une pareille pratique est susceptible de conduire. Et cette critique nous permet de conclure que, si certains auteurs regardent avec faveur le système de l'autorité de la chose jugée basé sur la distinction des jugements déclaratifs et constitutifs, il en est qui font à son sujet les plus expresses réserves.

2° SYSTÈME FONDÉ SUR LE FAIT QUE LA LOI RÉSERVE CERTAINES ACTIONS A DES PERSONNES DÉTERMINÉES.

Chéneaux nous dit que les jugements constitutifs de vent être soulevés qu'entre certaines personnes seulement ». vent être soulevés qu'entre certaines personnes seulement ». Après l'avoir généralisée, on a tenté de construire sur cette idée un véritable système. Puisque certaines actions ne peuvent être intentées que par des personnes déterminées, on conçoit sans peine qu'elles aboutissent à des jugements ayant une valeur *erga omnes*. Dans ces cas, mais dans ces cas seulement, l'autorité de la chose jugée deviendra donc absolue. L'hypothèse classique, toujours citée par les auteurs de droit civil, est celle de l'action en désaveu (art. 312 et s. C. civ.). M. Planiol fait remarquer que ce cas est « sinon le seul de ce genre, du moins le principal »⁽⁸⁾. Nous allons avoir, en effet, à en étudier un autre.

(7) D. P., 1923. 1. 201, note sous Cass., 23 avril 1923.

(8) Planiol, *Traité élémentaire*, 10^e éd., t. I, n° 446.

Rappelons une espèce curieuse, citée par Chéneaux (9). Par jugement du Tribunal de Tarbes du 26 août 1822, le mariage contracté par le sieur Estévenet avec la dame Roque était annulé. *Soixante-sept ans après*, le fils issu de ce mariage vint soutenir en justice que, n'ayant pas été partie au procès, le jugement de nullité ne lui était pas opposable. Le Tribunal de Mirande, appliquant l'article 1351 du Code civil, lui donna raison. La Cour d'Agen réforma. Mais elle donna pour motif qu'il s'agissait, en l'espèce, d'une nullité relative, que la demande en annulation ne pouvait être formée que par un individu déterminé, protégé par la loi, et que, à ce titre, aucune autre personne n'était recevable à méconnaître le jugement rendu (10). En acceptant qu'en la matière nullité absolue et nullité relative puissent avoir des résultats différents, transposons le raisonnement dans l'espèce jugée par la Cour de cassation en 1925. S'agissant d'une recherche de paternité naturelle, *l'enfant seul*, au besoin représenté par sa mère, était recevable à intenter l'action (art. 340 C. civ.). Le principe posé par la Cour d'Agen conduisait donc à l'autorité absolue. Or la Cour de cassation a déclaré que le jugement n'était pas opposable à toute personne intéressée.

Faut-il conclure que la Cour de cassation entend ne pas accepter le système présenté par la Cour d'Agen ? Non, car un récent arrêt de la Chambre des requêtes le consacre implicitement (11). Ainsi s'accuse une contradiction dans les décisions de la Cour suprême. Ce dernier arrêt est ainsi conçu :

(9) Chéneaux, p. 70.

(10) Voir arrêt du 14 juin 1890, D. P., 91. 2. 153, avec la note, admirée par Chéneaux, de de Loynes.

(11) Req., 7 avril 1930, D. H., 30, p. 282.

« Sur le moyen unique pris de la violation des articles 340 du Code civil, 474 et suivants du Code de procédure civile;

» Attendu que l'arrêt attaqué ayant déclaré la demoiselle P... recevable dans la tierce opposition formée au jugement qui avait annulé la reconnaissance faite par Claude Gonin de la fille dont elle était accouchée, le pourvoi soutient que la tierce opposition ne peut être admise dans le cas où l'exercice de l'action a été réservé par la loi à une catégorie de personnes déterminées;

» Mais attendu que l'action sur laquelle s'était prononcé le jugement frappé de tierce opposition n'était pas, comme le prétend le pourvoi, une action en recherche de filiation naturelle réservée à l'enfant lui-même ou à son représentant; qu'en effet le père avait reconnu son enfant, et l'action introduite était une action en contestation de cette reconnaissance ouverte par l'article 339 du Code civil à tout intéressé; que la mère qui a reconnu son enfant a un intérêt évident à voir maintenue la reconnaissance faite par le père; que n'ayant été ni appelée ni représentée au jugement qui a prononcé l'annulation de cette reconnaissance, elle est recevable à y former tierce opposition;

» Par ces motifs,

» Rejette... »

Une théorie unanimement admise présente la tierce opposition comme liée à l'autorité relative. Sur ce point, nous aurons, plus tard, à faire bien des réserves. Mais si nous acceptons d'entrer à ce sujet dans les idées de la doctrine et de la jurisprudence, nous voyons qu'on demandait à la Cour de cassation de déclarer une tierce opposition non recevable, parce que dirigée contre un jugement rendu sur une action dont l'exercice était réservé à une catégorie limitée de personnes. Autant prétendre que le jugement

devait avoir une autorité absolue. La Cour de cassation a justement dit que l'exercice de cette action n'était point réservé, et elle en a déduit que la tierce opposition était recevable. Ce qui revient à consacrer implicitement l'autorité absolue dans l'hypothèse inverse, celle où l'action est réservée à certaines personnes.

Nous ne prolongerons pas ce commentaire de jurisprudence. On voit déjà quelles difficultés la Cour de cassation a rencontrées pour établir une théorie de la chose jugée en matière de questions d'état. Elle fait appel à plusieurs systèmes, les applique de front et, ce faisant, se contredit. Mais une leçon se dégage. Malgré les difficultés, malgré les contradictions, on est contraint d'entamer largement le principe de la relativité. Il faut, coûte que coûte, faire une place à l'autorité absolue. C'est là une constatation qui, à nos yeux, revêt une grande importance.

Nous venons de rappeler, en quelques pages, les contradictions dans lesquelles la jurisprudence est tombée. Nous aurions pu, nous en tenant à ce thème, écrire un long ouvrage. La doctrine n'a point échappé aux mêmes difficultés, et cela se comprend aisément. Son rôle est d'étudier, de coordonner, non seulement les règles de droit que lui donne le législateur, mais aussi les utilisations variées que les tribunaux en font. Il est donc nécessaire qu'elle suive la jurisprudence dans ses hésitations, ses tâtonnements, pour saisir à l'instant propice l'idée pratique et juste dont elle aura pour tâche d'accuser le relief.

On nous dira, sans doute, que, pas plus en doctrine qu'en jurisprudence, la solution pratique et définitive de l'autorité de la chose jugée en matière de questions d'état n'est encore trouvée, que c'est elle qu'il faut découvrir, et que le problème se réduit à cela. Nous ne pouvons faire nôtre une

telle affirmation. *Les questions d'état nous ont donné un cadre commode pour montrer quelle était la difficulté. Mais cette difficulté dépasse ce cadre.* Et la preuve en est que (pour ne citer que deux cas principaux) cette difficulté a surgi depuis longtemps sur le terrain des contentieux criminel et administratif. Elle y est aujourd'hui résolue certaines exceptions dont nous parlerons plus tard mises à part, dans le sens de l'autorité absolue. C'est donc le problème de la chose jugée dans son ensemble qu'il s'agit de reprendre.

Le doyen Duguit croyait en trouver la solution dans la distinction des deux contentieux, objectif et subjectif. Aussi nous conseilla-t-il, jadis, de tenter une théorie de l'autorité dans les questions d'état, en prenant pour base cette distinction. Mais, promptement, nous avons cru comprendre qu'une étude générale de l'autorité de la chose jugée s'imposait. Pour l'établir, nous arrivions à creuser de plus en plus la notion d'acte juridictionnel et la distinction des contentieux. Ainsi était façonné le corps de notre thèse. N'acceptant, en somme, aucune des conceptions de l'acte juridictionnel jusqu'à maintenant présentées, n'acceptant pas davantage la distinction des contentieux proposée par Duguit, au moins dans les critères et les applications, il nous fallait tenter d'édifier une étude en trois points : acte juridictionnel, distinction des contentieux, autorité de la chose jugée. Cette étude, nous la soumettons maintenant à la Faculté de Bordeaux.

Nous voudrions, avant de terminer cette introduction, justifier d'un mot la méthode suivie. Nous aurions dû, pour ne pas nous écarter des procédés classiques et éprouvés, commencer par faire une étude minutieuse de la jurisprudence, par en noter les points saillants, les arrêts de

principe, par en dégager l'orientation générale ou les lignes maîtresses de l'évolution, puis, reprenant les grandes théories présentées par les auteurs compétents, les confronter avec la jurisprudence et la réalité, voir ce que chacune d'elles pouvait offrir de commode et d'utile. Enfin, nous aurions atteint le but cherché, nous efforçant de réunir en une théorie, aussi cohérente que possible, chacun des éléments glanés.

Cette méthode était prudente et louable. En matière juridique, le côté prétorien des institutions joue un rôle prépondérant. Ces institutions ne sont pas, ensuite, des assemblages savants et logiques. Ce sont des pièces juxtaposées, non pas toujours bien soudées, qu'on a fondues une à une. Chaque fois que surgit un besoin nouveau, on crée une institution nouvelle, à moins qu'on ne préfère aménager une institution préexistante. Le législateur en fait sa large part. Mais la jurisprudence a la sienne, qui n'est pas la moins savante, nous pourrions dire la moins belle.

Cet ensemble de pièces est le résultat d'une collaboration trop morcelée pour être très harmonieux. Il contient beaucoup de tentatives vaines, d'efforts inutiles, d'erreurs évidentes. L'étude de ces erreurs est des plus profitables au juriste, comme l'étude de la maladie conduit à la science du corps. La recherche et l'analyse de ces efforts inutiles, de ces tentatives avortées, constitue justement l'objet de la méthode que nous résumions à l'instant.

Or, il nous faut l'avouer dès maintenant, nous n'avons pas utilisé cette méthode-là. Nous ne l'avons pas pu. Notre ambition, immodérée peut-être, étant de tenter une étude générale de la chose jugée, nous aurions dû, pour obéir aux principes acceptés, construire une compilation, qu'on nous permette de le dire, gigantesque. Nous pensons aussi que rechercher des idées générales, des lignes maîtresses bien dessinées dans la jurisprudence et même la doctrine,

c'était entreprendre un travail de nature à décourager les volontés les plus fermes. A l'étude, on s'aperçoit bien vite que, sous l'apparence d'un vocabulaire très restreint, on a mélangé les notions juridiques les plus diverses.

Partir de la jurisprudence et de la doctrine, c'était courir grand risque, à notre sens, de n'obtenir aucun résultat.

Nous avons donc suivi une méthode toute différente. Elle a pour base les principes cartésiens. Nous nous efforcerons de faire une construction logique, strictement logique, parce que le raisonnement logique est un guide sûr que l'on peut, au prix d'un effort suffisant, s'arranger pour ne jamais perdre. Nous partirons de quelques éléments très simples, « les plus simples que nous aurons pu découvrir », et, de combinaison en combinaison, nous tâcherons à construire un édifice solide. Nous savons très bien que cet édifice ne nous donnera pas une image fidèle de la réalité sociale. Mais nous espérons, examinant la jurisprudence et la doctrine sous l'angle de ce système, découvrir beaucoup d'idées, de principes, qui, jamais discutés, sont difficilement justifiables. En revanche, il nous arrivera de constater que la logique ne peut toujours suffire ou qu'elle conduit à des conclusions dont l'ordre social ne s'accommode pas. Alors nous la sacrifierons sans regret : nous lui donnerons toutes les entorses, tous les assouplissements désirables.

Ne devons-nous pas, d'ailleurs, confesser notre impuissance ? Sommes-nous très assuré d'avoir découvert la baguette dont quelques coups suffisent pour dévider l'écheveau de la chose jugée ? Nous nous estimerions très heureux si nous avions pu démontrer que, pour mener à bien l'étude de cette matière complexe, *il faut partir de principes nouveaux et affirmer des règles générales très différentes de celles que l'on accepte ordinairement.*

PREMIÈRE PARTIE

L'ACTE JURIDICTIONNEL

Nous consacrerons toute la première partie de notre travail à l'étude de l'acte juridictionnel. La seconde partie ne fera que traduire en autorité de chose jugée les résultats obtenus dans la première. C'est dire que cette première partie est un élément essentiel de notre thèse. Les conclusions les plus importantes, en tout cas les plus nettement tranchées, trouveront place dans la seconde partie. Mais elles reposeront sur les conclusions obtenues dans la première.

Dès maintenant, il nous faut mettre en relief l'idée fondamentale qui nous dirigera. L'étude de l'acte juridictionnel doit tendre vers la recherche d'un critère. Or, en matière juridique, il est deux catégories de critères : les critères matériels et les critères formels. Les premiers correspondent à des distinctions fondées sur la *nature* des différents actes juridiques; les seconds s'attachent, pour caractériser ces mêmes actes juridiques, à la distinction des différents organes compétents et aux formes ou procédures suivant lesquelles les actes sont accomplis. De nombreux auteurs de droit public inclinent à ne tenir compte, dans les critères formels, que des organes compétents. Les auteurs de droit privé semblent, au contraire, penser surtout

aux formes et procédures. Nous croyons, et nous dirons pourquoi, que tous ces éléments sont pareillement indispensables. Mais on peut aujourd'hui considérer comme acquis que s'évader du point de vue formel, exclusivement considéré jadis, pour donner une importance toujours plus grande au point de vue matériel fut un très grand progrès de l'analyse juridique contemporaine. Nous espérons prouver que la doctrine, ayant compris toute l'importance de ce second point de vue, a exagéré cette importance et un peu méconnu celle du point de vue formel.

La suite de cette étude montrera, croyons-nous, qu'il n'est pas possible de trouver un critère de l'acte juridictionnel exclusivement matériel. Ou, pour mieux dire, nous nous efforcerons d'établir que, avant de pouvoir prétendre de façon définitive à la qualité juridictionnelle, l'acte doit donner satisfaction à un critère matériel, que nous déterminerons en premier, puis à un critère formel, que nous chercherons en second. Notre étude de l'acte juridictionnel se confondra pour une large part avec la recherche de ce double critère.

Lorsque nous croirons pouvoir dire d'un acte déterminé s'il est ou n'est pas juridictionnel, alors nous entamerons l'étude de l'autorité de la chose jugée. Signalons qu'organiser notre travail suivant un tel plan équivaut à donner une réponse à la question suivante : les notions d'acte juridictionnel et d'autorité de la chose jugée doivent-elles être considérées comme indissolublement liées ? En d'autres termes, peut-on concevoir que l'autorité de la chose jugée s'applique à des actes n'ayant pas le caractère juridictionnel ? Nous n'hésitons pas à déclarer que là où il y a acte juridictionnel il doit y avoir autorité de la chose jugée, *et qu'il ne peut y avoir autorité de la chose jugée que là où il y a acte juridictionnel.*

Supposons, en effet, que, voulant nous en référer à un système fondé sur une distinction purement formelle, nous prétendions ne tenir compte que de l'organe compétent. Pourrions-nous affirmer qu'il est possible d'accorder l'autorité de la chose jugée à tous les actes faits par un organe judiciaire ? L'histoire nous montre que, depuis fort longtemps, on s'est aperçu que n'en étaient pas dignes les actes dits de juridiction gracieuse (nous laissons de côté pour l'instant la question de savoir quand il y a et quand il n'y a pas acte de juridiction gracieuse). La seule considération de l'organe est donc insuffisante.

Si nous abandonnons le système fondé sur la distinction des organes compétents, force nous est d'envisager l'étude des *actes eux-mêmes*. Mais nous pourrions encore essayer, et certains auteurs l'ont fait, de n'user que des distinctions formelles, c'est-à-dire d'établir un système ne s'intéressant qu'aux procédures et aux formes dont les actes sont entourés. Du coup, des actes faits par des organes différents, mais toujours entourés des formes prévues par la loi, auront droit à l'autorité. D'ores et déjà, cette autorité apparaît donc comme liée au caractère juridictionnel *des actes*, caractère déterminé, il est vrai, par des moyens purement formels.

Si maintenant, faisant un pas de plus, nous nous pénétrons de l'idée que les actes peuvent être distingués suivant leur nature propre, indépendamment des organes et des formes, nous inclinons, passant sur le terrain des classifications matérielles, à relier de façon plus étroite encore l'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée. Sans doute, le problème se pose de savoir si le point de vue matériel est nécessaire et, dans l'affirmative, s'il doit éliminer, parce qu'inutile, le point de vue formel. Mais il

suffit de constater que, en se cantonnant sur le terrain des distinctions formelles, on ne peut se contenter de la *distinction* des organes, pour comprendre que *l'autorité de la chose jugée est liée au caractère juridictionnel de l'acte*.

Nous justifions ainsi la part faite dans notre étude à l'acte juridictionnel. Il est la base qui nous permettra de nous élever à la notion de chose jugée.

Si nous voulons, utilisant un vocabulaire plus concret, démontrer la nécessité de commencer par une étude de l'acte juridictionnel, nous dirons : l'autorité de la chose jugée s'attache évidemment à ce qui est *jugé*. Le problème devient donc de savoir ce qu'est l'acte de juger, et si, dans tout acte d'un magistrat, se retrouve l'acte de juger. On sait depuis longtemps qu'il n'en est rien. Notre effort tend à classer, avec toute la précision possible, les différents actes du magistrat, surtout à mettre à part ceux qui sont le fruit de sa fonction propre. A ceux-ci, que nous appelons juridictionnels, nous accorderons l'autorité de la chose jugée.

Nous répartirons les matières de notre première partie en trois titres. Le premier sera consacré à la recherche du critère matériel de l'acte juridictionnel. Le second fera application de ce critère aux nombreux actes accomplis par les organes judiciaires dans le cours d'une procédure contentieuse (des actes que l'on a coutume de classer parmi les actes juridictionnels se révéleront alors comme de nature très différente, tels que les jugements sur la compétence et la recevabilité qui sont peut-être des actes administratifs). Enfin, le titre troisième sera consacré à la recherche du critère formel de l'acte juridictionnel. Ce dernier titre nous donnera aussi des renseignements fort utiles pour notre étude de l'autorité de la chose jugée.

TITRE PREMIER

LE CRITÈRE MATÉRIEL DE L'ACTE JURIDICTIONNEL

CHAPITRE PREMIER

LES QUESTIONS ET LES SOLUTIONS DE DROIT

Une étude de l'acte juridictionnel ne peut avoir pour objet que de résoudre les deux problèmes de sa nature et de son rôle.

Il semble bien que les juristes aient réalisé l'accord sur un point : le juge a pour tâche essentielle de donner des solutions aux questions d'ordre juridique que les plaideurs en contestation viennent lui soumettre. Des auteurs, surtout étrangers, écrivent que la mission du juge est de « dire le droit ». Aussi pouvons-nous accepter pour l'instant, libre d'ailleurs, si besoin est, de modifier cette conception par la suite, que l'acte juridictionnel soit, en partie ou en totalité, l'acte par lequel le juge donne la réponse adéquate à *une ou plusieurs questions de droit*

Ne devons-nous pas, dès lors, commencer par examiner ce que sont les questions de droit, et s'il n'en est pas plusieurs sortes ? La nature de la solution de droit variera,

sans doute, comme la nature de la question, et son rôle, semble-t-il, en sera changé. Enfin, si le juge a pour tâche de résoudre des questions de droit, rien ne prouve, *a priori*, qu'il soit seul investi de cette prérogative. N'aurons-nous pas intérêt à retrouver, dans les actes d'autres agents de l'Etat, des solutions de droit ? Et, si nous en décelons, ne serons-nous pas amené à nous dire que les notions de question de droit et de solution à cette question ne peuvent suffire pour caractériser l'activité du juge, qu'il importe, pour apercevoir le critère désiré, d'aller plus avant ?

Pour être à même d'analyser les actes des agents, nous consacrerons nos premières observations aux notions de question de droit et de solution à la question de droit. Il importe de parvenir à des conclusions précises et pratiques. Celles-ci serviront tout au long de notre étude et à chaque instant.

SECTION PREMIERE

LE RÔLE DES QUESTIONS DE DROIT

L'une des erreurs les plus graves, peut-être même la plus grave, que Duguit nous paraît avoir commises dans sa théorie de la juridiction est d'avoir lié, de façon indissoluble, la question de droit et l'acte juridictionnel, en d'autres termes d'avoir fait de la solution d'une question de droit le critère de l'acte juridictionnel : « Il n'y a d'acte juridictionnel que lorsque l'agent intervient pour résoudre une question de droit. Afin de savoir si l'acte considéré est ou non un acte juridictionnel, il faut rechercher si l'agent public est intervenu ou non pour résoudre une question de droit. » (1). Toutefois, Duguit note que certains fonction-

(1) Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., II, p. 424.

naires, tout en n'étant pas compétents pour faire des actes juridictionnels, résolvent des questions de droit. Mais ils les résolvent, dit-il, en vue de *procéder ensuite à un acte*, par exemple un acte administratif. Dans ce cas la solution de la question de droit apparaît comme le moyen d'une activité déterminée, alors que, dans l'acte juridictionnel, elle est une fin, un but à atteindre ⁽²⁾.

Cette précision ne fait, en réalité, que dissimuler, selon nous, la gravité de l'erreur commise par Duguit. Nous croyons qu'il n'a pas aperçu le rôle exact des questions de droit et des solutions données aux questions de droit. Il a cru que la solution de la question de droit, fin de l'acte juridictionnel, revêtait, pour ainsi dire, une nature spécifique. Certaines solutions de questions de droit auraient une nature de « moyen », d'autres solutions de questions de droit auraient une nature de « fin ». Et l'on devrait dire : est acte juridictionnel l'acte d'un agent intervenu pour donner une solution de droit ayant une nature de « fin ».

Or, rien ne peut moins aisément servir de critère qu'une solution de question de droit. Il se pose des questions de droit dans tous les domaines, et dans tous les domaines on les résout de la même façon. On en trouve dans l'activité législative, dans l'activité administrative et dans l'activité juridictionnelle. Le président de l'une des Chambres, qui, avant de mettre en discussion un projet de loi, se demande s'il est conforme à la Constitution, tranche une question de droit. Pour savoir lequel des textes proposés il doit, conformément au règlement, soumettre le premier au vote, il

(2) « Il arrive très souvent que l'agent public doit résoudre des questions de droit. Mais il ne fait un acte juridictionnel que si c'est pour résoudre la question de droit qu'il intervient. Si son intention est de prendre une décision qui implique la solution préalable d'une question de droit, il ne fait pas un acte juridictionnel; il ne le fait que s'il inter-

tranche une question de droit. De même le fonctionnaire supérieur qui va faire une nomination, une promotion à l'ancienneté; de même le contrôleur de l'enregistrement qui, avant de l'enregistrer, examine la légalité d'un acte; de même le notaire qui va rédiger un contrat de mariage ou liquider une succession. De même, enfin, le juge qui va trancher un procès. Faisons un pas de plus. Une activité d'ordre juridique, quel que soit le but qu'elle veuille atteindre, quel que soit l'individu qui agisse, fonctionnaire ou particulier, suppose, pour prétendre à une valeur juridique, la conformité à la règle de droit. Sortir du chemin que cette règle trace c'est, souvent, s'exposer à une énergique répression, c'est, toujours, condamner son activité à la stérilité. Donc, tout individu qui prétend satisfaire un désir d'ordre juridique résout, à chaque instant, et pour chacun de ses actes, une question de droit. Tout ceci laisse entendre qu'il sera très malaisé de construire un critère sur la nature de fin ou de moyen de telle ou telle solution de droit.

Et c'est en vain, en effet, que Duguit a voulu démontrer que l'activité juridictionnelle a pour fin la solution d'une question de droit, alors que partout ailleurs cette solution ne serait qu'un moyen. Le plaideur se soucie fort peu, la plupart du temps, de la solution que donnera le juge à une question de droit qu'il ne connaît pas, qu'il ne saurait pas formuler. Il recherche une décision d'une autorité respectée et coercitive qui lui donne satisfaction. Duguit a enseigné dans son analyse de l'acte juridictionnel que la dernière phase de l'activité du juge était un acte volontaire, une décision, acte-règle, acte-condition, acte subjectif. Or il

vient au contraire pour résoudre une question de droit. » *Traité*, 3^e éd., II p. 424.

insiste longuement ⁽³⁾ pour prouver que cette décision est un élément de l'acte juridictionnel. Cela suffit à montrer que, pour Duguit lui-même, la solution de la question de droit n'apparaît que *comme un moyen*. Il y a dans son analyse une contradiction certaine.

L'unique façon de supprimer cette contradiction consiste à dire que la fonction juridictionnelle et la fonction administrative ont des buts différents. Le but de la fonction administrative serait de faire certains actes juridiques, et le moyen d'arriver à ce but serait la solution préalable d'une question de droit. Au contraire, le but de la fonction juridictionnelle serait de résoudre une question de droit, et le moyen de transposer la solution de cette question dans la vie juridique serait de lui adjoindre un acte juridique consécutif. On ne peut s'empêcher de noter l'extrême subtilité de cette explication. Nous nous demandons si une telle différence, en admettant qu'elle soit démontrée, pourrait servir de critère. Nous ne le pensons pas. Car le problème n'est que légèrement déplacé. Si nous cherchons à déceler l'acte juridictionnel par le but de la fonction juridictionnelle, il nous faut dire maintenant à quel signe on reconnaîtra le but qu'on a voulu atteindre en faisant tel acte déterminé. D'ailleurs, il ne faut pas oublier, lorsqu'il s'agit des fonctions de l'Etat, que Duguit ne consent pas à parler de l'idée de but ⁽⁴⁾.

Le critère de la solution de question de droit « fin » et de la solution de question de droit « moyen » a été repris par M. Lureau dans sa thèse de doctorat ⁽⁵⁾. M. Lureau cite Duguit et Artur. Il est vrai qu'il évite la contradiction

(3) *Traité*, 3^e éd., II, p. 443 et suiv.

(4) *Traité*, 3^e éd., II, p. 291 et suiv.

(5) Lureau, *De l'interprétation des actes administratifs et de l'appréciation de leur légalité par les tribunaux judiciaires*, p. 168.

dans laquelle tombe Duguit. Pour lui la décision du juge est un acte distinct de l'acte juridictionnel. Nous croyons que, sur ce point, il a raison, bien que les motifs que nous en donnions plus loin n'aient rien de commun avec les siens. Mais nous pouvons, dès maintenant, affirmer que la solution d'une question de droit ne peut jamais être considérée comme une fin. Elle est toujours un moyen. Si les autorités de toutes catégories résolvent des questions de droit innombrables, ce n'est pas pour satisfaire à une gymnastique de la pensée, mais pour parvenir à des résultats pratiques. Les solutions de questions de droit données par les organes juridictionnels ne font point exception. M. Jèze a parfaitement exprimé cette idée lorsqu'il a écrit : « S'il y a des tribunaux, c'est *uniquement* pour mettre fin aux guerres privées, c'est pour empêcher que les individus ne se fassent justice eux-mêmes, par la force, par la violence. Telle est la raison d'être des tribunaux; ils répondent au besoin de paix sociale. Les tribunaux ne sont pas des académies de science juridique, où l'on discute *in abstracto* des idées, des thèses. Ce sont des organes essentiellement chargés de dire dans quel cas et au profit de qui les individus et les autorités publiques (en particulier, les agents, la force publique) devront agir, afin d'empêcher le trouble social qui résulterait de l'emploi de la violence privée. » ⁽⁶⁾. Et M. Jèze avait dit quelques lignes plus haut : « Lorsqu'un individu fait constater avec force de vérité légale une situation juridique, générale ou particulière, un fait, le *status* dont il est investi, etc., il veut obtenir un résultat *pratique*, à savoir le *concours des autorités publiques de tout ordre pour la réalisation de la situation juridique dont le juge a constaté qu'il était le bénéficiaire.* »

(6) Jèze, *Principes*, 3^e éd., I, p. 236.

Renonçons donc à chercher dans la qualité de fin ou de moyen des solutions de droit le critère de l'acte juridictionnel. Toutefois, nous ne voulons pas dire qu'il ne faille pas persévérer dans la voie où s'engageait Duguit. Il est évident que, si les solutions données aux questions de droit posées incessamment sont, en quelque sorte, la matière même dont est pétrie l'activité juridique, il est évident, disons-nous, que c'est *dans la différenciation des questions de droit qu'il faut chercher les moyens de classifications*. Si l'on peut arriver à montrer qu'il est des *questions de droit de nature différente*, et si l'on peut définir clairement ces différentes natures, nous tiendrons peut-être une série de critères commodes. Ceux-ci ne résideront pas dans la qualité de fin ou de moyen des solutions données aux questions de droit.

• Nous trouverons, parmi toutes les questions de droit, une catégorie qui correspondra à un type bien défini et qui nous permettra, par sa nature, de déterminer le critère matériel de l'acte juridictionnel. Mais il est essentiel de ne pas oublier que toute activité juridique, par exemple l'activité administrative, à qui nous ferons souvent appel par opposition à l'activité juridictionnelle, suppose aussi des solutions de questions de droit. Seule la nature de ces questions de droit varie.

C'est donc à l'identification de ces différentes natures que seront consacrées les pages suivantes.

SECTION II

LES DIFFÉRENTES CATÉGORIES DE QUESTIONS DE DROIT

Nous avons déjà un aperçu de la quantité de questions de droit qui sont quotidiennement résolues. Nous avons dit que tout individu prétendant voir les fins juridiques qu'il

s'est proposé d'atteindre se réaliser doit poser et résoudre des questions de droit. Mais il faut distinguer deux catégories d'individus.

Il y a, d'abord, la catégorie des simples particuliers, de ceux qui désirent faire un acte, prendre une certaine attitude, et qui désirent que cet acte, cette attitude, soit conforme au droit. Ils résolvent à chaque instant des questions de droit. Le chauffeur qui veut ranger son automobile le long du trottoir pose parfois une question de droit; il est, dans des villes encombrées, des règlements minutieux indiquant de quel côté de la voie doivent se ranger les voitures. Obtempérer à ces règlements, c'est avoir posé et résolu une question de droit. De telles questions de droit ne nous intéressent pas pour l'instant. Leurs solutions provoqueront peut-être une réaction sociale, mais cette réaction n'atteindra jamais que l'auteur de l'acte lui-même.

Il est d'autres questions de droit posées et résolues par des individus revêtus d'un caractère spécial. Ces individus sont investis d'une *compétence*, compétence infiniment variée, mais compétence toujours. Leur tâche est de faire des actes qui demandent, comme nous l'allons voir, la solution préalable de plusieurs questions de droit, qui ont des effets à l'égard d'individus autres que leurs auteurs, qui, bien mieux, sont destinés à n'avoir d'effets qu'à l'égard de ces autres individus. Les auteurs désignent ordinairement du nom d'« agents » ces personnes investies d'une compétence.

Nous allons essayer de classer, selon leur nature, les questions de droit résolues par ces agents. Nous croyons qu'il faut les répartir en trois groupes :

- Les questions de droit abstraites;
- Les questions de droit concrètes;
- Les questions de droit principales.

Nous verrons que chacune des questions des deux dernières catégories suppose la solution d'une question de la catégorie précédente et l'utilisation de cette solution.

Enfin, nous atteindrons le but en classant les questions de droit principales en deux catégories nouvelles. :

1° Les questions de droit principales dont la solution conclut à l'*application de la loi*. Leur nature deviendra le critère de ce que nous appellerons plus tard l'*acte d'exécution*. Nous signalons que cet acte ne devra pas être confondu avec les actes faits par le pouvoir connu sous le nom de pouvoir exécutif;

2° Les questions de droit principales dont la solution est la constatation d'une *violation de la règle de droit*. Leur nature deviendra le critère de l'*acte juridictionnel*.

§ 1. — Les questions de droit abstraites.

Il est à peu près impossible, selon nous, de donner une définition complète de la notion de question de droit. Après avoir longuement réfléchi il nous a paru nécessaire d'y voir une notion à contenu variable, parfois très simple, parfois très complexe. Mais il nous a paru aussi que les questions de droit complexes n'étaient qu'un agrégat de questions de droit plus simples. Si nous voulons parvenir à l'analyse des questions de droit les plus complexes, il faut donc essayer de saisir l'élément le plus simple qui puisse constituer une question de droit.

Il nous semble que cet élément le plus simple consiste dans l'interprétation de la loi. Se demander ce que la loi, sur tel point, par tel principe, signifie et exige, c'est poser une question de droit. Nous ne voyons pas ce que cela pourrait être s'il n'en était pas ainsi. Toute loi, si limpide soit-elle, suppose, pour pouvoir être appliquée, une inter-

prétation, pour aussi primaire que soit cette interprétation. Tout « agent » pose donc, pour interpréter, une question de droit.

Il faut insister sur l'infinie variété et sur les multiples complexités que cette question de droit, la plus simple qui soit, peut présenter. Entre des textes parfaitement clairs, sur lesquels personne n'hésite jamais, et les règles coutumières les moins précises, il y a une marge énorme. Depuis le texte écrit, élément relativement solide sur lequel l'interprétation s'appuie, jusqu'au principe d'équité le plus ténu, mais qui n'en constitue pas moins un élément de cette règle dont, socialement parlant, nous vivons, il y a place pour bien des degrés.

Mais il existe, entre toutes ces questions de droit, un lien commun qui les classe irréductiblement dans une catégorie unique. Il ne s'agit jamais que de questions abstraites. L'interprète ne se place pas, pour les résoudre, dans l'hypothèse spéciale de tel ou tel cas concret. Il ne veut que saisir la règle, *en tant que règle*, c'est-à-dire sous sa forme purement objective, indifférente à la notion d'individu désigné. Prenons un exemple : aucun juge de paix ne peut hésiter sur la compétence qui lui est donnée quant au montant du litige. Il résout néanmoins, pour la connaître, une question de droit, *purement abstraite*. Que le procès auquel il appliquera la solution donnée soit fait par Pierre ou Paul, peu importe. Autre exemple, compliqué celui-là : la jurisprudence a hésité, non sans raison, sur la définition que la loi entendait consacrer du commencement de preuve par écrit en matière de filiation naturelle (art. 324 ou 1347 C. civ.); elle a donné une solution qui ne s'embarrasse pas de tel ou tel procès. Cette solution est objective et abstraite.

Nous concluons que la question de droit abstraite se résout par une solution également abstraite, susceptible de s'appliquer quel que soit le cas concret envisagé.

§ 2. — Les questions de droit concrètes.

La question de droit concrète suppose la solution préalable d'une question de droit abstraite, elle a un résultat pratique dans une hypothèse précise et déterminée, et n'a pas de sens dans toute autre hypothèse également précise et déterminée, même identique.

La question de droit concrète se pose lorsqu'un agent *quelconque*, c'est-à-dire un individu investi d'une certaine compétence, se demande *quelle foi il peut avoir en l'existence de tel ou tel fait matériel ou juridique*. Pour bien expliquer, la seule méthode est de prendre des exemples.

Un juge criminel veut savoir si tel individu se trouvait, comme il l'affirme, à tel endroit, à telle heure. Il interroge un témoin. Pour ce faire il aura résolu, d'abord, une question de droit abstraite : à savoir qu'en matière pénale on a le droit de recourir à la preuve par témoins. Il résout une autre question de droit abstraite pour savoir dans quelle forme il doit recevoir cette preuve. Toutes ces solutions abstraites, qui resteraient les mêmes dans n'importe quelle hypothèse, trouvent leur application dans un cas concret. Or Paul prétend avoir droit, dans cette affaire, à la situation juridique de témoin. Le juge sait, parce qu'il l'a appris en donnant une solution à une question de droit abstraite, qu'il doit inviter cette personne à prêter serment, ce qu'elle fait. Dès lors, Paul doit être considéré, au regard du droit, comme ayant la qualité juridique de témoin. Le *fait* qu'il sait quelque chose de l'affaire (peu importe que ses renseignements aient ou n'aient pas d'intérêt) doit être

tenu pour constant. Reconnaître à Paul la situation juridique de témoin est la solution d'une première question de droit *concrète*. Car il s'agit de Paul et non de toute autre personne.

Une fois la déposition de Paul recueillie, le juge peut affirmer que, au regard du droit, l'individu soupçonné était ou n'était pas à l'endroit indiqué. La présence de cet individu à cet endroit est un *fait*. Admettre que ce fait est constant, c'est, après avoir résolu des questions abstraites sur les modes de preuves et une première question concrète sur la qualité de témoin de Paul, résoudre une deuxième question concrète ainsi formulée : cet individu était-il à l'endroit indiqué à l'heure indiquée ? Question de droit, sans aucun doute, posée sur un fait matériel, mais question concrète, car, si l'on met à part l'individu, le lieu ou le temps, elle disparaît en entier.

Un juge veut savoir s'il y a eu contrat de vente entre deux plaideurs. Il résoudra encore plusieurs questions de droit abstraites sur les modes de preuves. Grâce aux solutions abstraites de ces questions il tranchera la question concrète. Le fait-contrat aura existé, ou non, au regard de la règle de droit. Il s'agit bien d'une question concrète qui exige la spécification de tels contractants, de tel contrat, de telles modalités. Sinon la question concrète disparaîtrait. Le moindre changement dans ces éléments provoquerait la naissance d'une autre question concrète entièrement distincte.

Un fonctionnaire des contributions directes veut établir le montant des impôts de tel individu. Il va commencer par résoudre de nombreuses questions abstraites sur les biens à taxer, sur les évaluations, sur les abattements... Puis il en déduira des solutions concrètes qui n'auront de

valeur que pour le contribuable en question, dans la situation présente, et pour la composition présente de sa fortune.

Un notaire veut liquider une succession. Il trouve, dans cette succession, des biens au sujet desquels la propriété effective du *de cujus* lui inspire quelque défiance; il va trancher de nombreuses questions de droit abstraites quant aux principes qu'il faudra suivre pour faire la preuve. Puis il donnera une solution concrète à une question concrète : tel immeuble fait partie de la succession.

Nous pourrions faire la même analyse pour les actes de tout agent.

En résumé, la question juridique abstraite reçoit une solution qui peut trouver place dans tout cas concret. La question juridique concrète se termine toujours par l'*affirmation d'un fait* que l'agent, en vue de son activité future, considérera comme démontré à l'égard du droit.

D'où nous pouvons conclure que la solution d'une question de droit concrète suppose la solution préalable d'une ou de plusieurs questions de droit abstraites, *questions d'une nature toujours identique, définie par l'idée de preuve*. Il faut entendre, naturellement, le mot preuve dans un sens très large. Mais il serait complètement faux de croire que toute question abstraite touche à l'idée de preuve. Seules les questions abstraites nécessaires à la solution de questions de droit concrètes sont dans ce cas. Nous allons le voir encore mieux en examinant les questions de droit principales.

§ 3. — Les questions de droit principales.

La question de droit que nous avons appelée principale est certainement la seule dont Duguit fasse état. Il s'agit

bien là de la question de droit que l'on pose au juge, ou que se pose le fonctionnaire administratif, quand il veut faire un acte juridictionnel, ou un acte administratif. C'est celle que nous allons étudier maintenant, d'une façon sommaire, car nous y reviendrons avec tous les détails nécessaires à propos de l'acte juridictionnel.

Nous voulons simplement montrer que cette question de droit principale suppose la solution préalable de nombreuses questions de droit abstraites et concrètes. Plaçons-nous, d'abord, dans l'hypothèse de l'acte juridictionnel. Voici un juge, un agent juridictionnel, devant lequel on porte une action en recherche de paternité naturelle. Cette action se résoudra, en fin de compte, par la question de droit suivante : l'enfant doit-il, pour que la loi soit respectée, être déclaré enfant naturel de tel individu? Nous demandons qu'on ne s'attache pas trop à la formule littérale par laquelle nous traduisons cette question de droit. Nous verrons plus tard que, pour parler exactement, il sera nécessaire de la formuler d'une façon un peu différente. Pour l'instant, il suffit de bien saisir ceci : une question de droit relative à la paternité d'un individu est posée, ou, mieux encore, une question de droit est posée pour savoir quel lien du sang doit être proclamé entre le demandeur et le défendeur pour que la loi soit respectée.

Ceci dit, il est évident que, pour poser une pareille question, il faut posséder la solution préalable d'une quantité de questions de droit concrètes et abstraites. Chacune des parties arrive munie de multiples éléments de fait, d'affirmations, qui constitueront la matière avec laquelle le procès se construira. Ces faits, il faut les prouver, ces affirmations, il faut les étayer; il faut en faire quelque chose qui ait une valeur juridique. Ce sera l'objet de nombreuses solutions

de questions de droit concrètes. Or nous savons que ces dernières demandent, pour être résolues, la solution préalable de questions abstraites.

Les faits établis, les affirmations justifiées au regard du droit, la question de droit principale apparaît comme un vaste résumé, ou plutôt comme la juxtaposition de deux résumés.

1° D'un côté, la somme des faits établis grâce à des solutions de questions abstraites et aux solutions des questions concrètes (rappelons que les questions abstraites ne se conçoivent, sur ce point, que dans le domaine des preuves);

2° D'un autre côté, la solution donnée à une question abstraite ou à une série de questions abstraites. Ainsi l'une des règles les plus connues interdit de tuer son semblable. Ce texte suppose une interprétation, très facile à la vérité, ce qui revient à dire qu'il pose une question de droit abstraite.

Ces deux sommes de solutions constituant la question de droit principale, on peut dire que celle-ci, *dans le domaine juridictionnel*, donne l'image d'une confrontation entre ce qui, au regard du droit, est, et ce qui, au regard du droit, doit être. C'est à elle qu'il faut répondre pour savoir si, afin de respecter le droit, l'enfant demandeur doit être considéré comme fils du père prétendu. Ensuite, on prendra les mesures nécessaires pour qu'il soit mis à même d'en jouir. Ceci montre bien que, dans le cadre juridictionnel, la réponse à la question de droit n'est qu'un moyen.

L'analyse que nous venons de faire pour un acte juridictionnel, nous allons la répéter, trait pour trait, pour un acte administratif. *Il est essentiel de montrer que les choses se passent exactement de la même façon dans l'un et l'autre cas*, si l'on préfère, et comme nous le disions plus haut, que

ce n'est point dans le fait de l'existence et de la solution d'une question de droit, ou dans sa qualité de fin ou de moyen, qu'il faut chercher le critère de l'une ou l'autre fonction.

Prenons le cas d'un préfet nommant un instituteur. Personne ne discutera qu'il y ait là un acte administratif. Que se passe-t-il ? Le candidat vient prétendre devant le préfet qu'il est Français, qu'il a fait un stage de deux ans, qu'il est pourvu du certificat d'aptitude pédagogique, enfin, qu'il est inscrit sur la liste dressée par l'inspecteur départemental. Autant de faits qui n'auront une existence juridique aux yeux du préfet que lorsqu'ils apparaîtront comme les solutions de questions de droit concrètes, lesquelles supposent, nous le savons, la solution de questions de droit abstraites. Dans ce cas les moyens de preuve sont particulièrement simples, les questions de droit sont aussi stylisées que possible. Mais elles subsistent, et c'est pour cela que Monsieur X..., et non Monsieur Y..., sera inscrit sur la liste de l'inspecteur, aura les titres nécessaires... Conclusions concrètes, s'il en est. En face, le préfet mettra la solution des questions abstraites que posent les lois réglant, d'une manière objective, les conditions que doivent remplir les candidats au poste d'instituteur. La juxtaposition de ces deux sommes de solutions, solutions de questions abstraites et concrètes pour les faits, abstraites seulement pour la loi, donnera naissance à la question de droit principale. La solution de cette question de droit déterminera l'acte administratif. Là encore, la solution de la question de droit principale n'est qu'un moyen.

Nous concluons donc, et nous ne saurions trop insister sur ce point, que l'activité administrative et l'activité juridictionnelle fonctionnent d'une manière identique. Ces

deux fonctions de l'Etat ne peuvent se différencier ni par l'existence et la nature des questions et des solutions abstraites et concrètes, ni par l'existence de la question et de la solution principale. De ce point de vue, elles sont identiques. Mais nous montrerons que c'est dans la *différenciation des natures des questions et des solutions de droit principales* que se trouve le critère qui les sépare.

On nous dira, sans doute, que nous n'avons rien inventé. Nous en convenons de très bonne grâce. L'interprétation de la loi est une branche de l'activité juridictionnelle connue depuis fort longtemps : nous y voyons le domaine des questions de droit abstraites. Affaire de mots, dira-t-on. Chacun sait qu'un procès repose sur des faits prouvés : nous parlons ici de questions de droit concrètes. Affaire de mots, encore. Enfin, nul n'ignore que la solution d'un procès demande la confrontation des faits et de la loi : nous appelons question de droit principale cette confrontation. Affaire de mots, toujours. Pourtant, cette division tripartite nous a été précieuse. Chaque petit élément de l'affaire envisagée prenait sa place. Surtout, nous avons acquis par là, et pour la première fois, cette impression de « boule de neige » qui est l'image exacte du procès. Chacune des deux dernières classes de questions de droit est grosse des solutions des questions de la classe précédente. Et il apparaissait ainsi comme infiniment dangereux de vouloir parler de la question principale, sans se souvenir qu'il est des questions abstraites et concrètes qui la soutiennent, qui la composent. Plus tard, nous en déduirons des conséquences curieuses au chapitre de la chose jugée.

Cette classification nous a permis, en outre, de suivre le développement d'un même processus dans l'activité admi-

nistrative et dans l'activité juridictionnelle. Car, si la question de l'interprétation de la règle a toujours été au premier rang des préoccupations juridictionnelles, on y pense beaucoup moins quand on passe dans le domaine administratif. L'analyse par distinction des trois classes de questions de droit redresse cette négligence.

De même, nous avons cru pouvoir noter que, dans l'activité juridictionnelle, les trois classes de questions n'étaient pas traitées avec une égale justice. Les questions d'interprétation, nous venons de le dire à peine, ont toujours préoccupé les juristes. L'attention s'est naturellement portée, d'autre part, sur la question principale, synthèse du procès. Mais on a peut-être un peu négligé certains faits, dont l'existence prouvée au regard du droit contribue à la genèse de l'acte juridictionnel. C'est une remarque qui nous sera précieuse quand nous parlerons des motifs du jugement.

Nous pensons, ensuite, avoir mis en relief, grâce à la division des questions de droit, le caractère concret sans cesse croissant de l'application de la loi. D'abord, la règle, abstraite par définition, demande des interprétations abstraites comme elle. Puis, certaines règles, déjà plus précises, vont servir à établir aux yeux de la loi certains faits strictement individualisés. Enfin, une réponse à une question de droit principale surviendra. Elle n'aura de valeur que dans l'hypothèse parfaitement définie à laquelle elle s'applique.

Il nous faut, en dernier lieu, indiquer que cette division tripartite permet de répartir l'acte juridictionnel en véritables tranches. Les questions de chacune de ces tranches ont une nature spéciale; toutes les questions que l'une d'elles contient sont, par leur nature, identiques; en

revanche elles sont essentiellement différentes de celles de la tranche voisine. De cela, nous aurons à déduire des conséquences quand nous en serons à apprécier l'autorité de la chose jugée.

Nous avons conduit notre raisonnement en opposant la fonction juridictionnelle à la fonction administrative. Ainsi, nous pensions faciliter le débat. Mais la fonction administrative n'est qu'un cas particulier d'une hypothèse plus large qu'il faut déterminer.

Elle rentre dans ce que nous appelons la « fonction d'exécution » Nous avons déjà dit qu'il ne faut pas la confondre avec la « fonction exécutive ». Celle-ci a subi de justes critiques. La pauvreté du vocabulaire nous contraint d'utiliser des termes à notre gré trop voisins. Mais nous ne pouvons mieux faire.

C'est à l'exposé de la fonction d'exécution et du rôle que les questions de droit de toutes natures jouent dans son cadre que le chapitre suivant est en grande partie consacré.

CHAPITRE II

LA FONCTION D'EXECUTION DE LA NORME ET L'EXECUTION DE LA NORME

Nous avons voulu établir dans notre premier chapitre que, pour faire un acte juridictionnel ou administratif, il fallait résoudre des questions de droit abstraites, concrètes, principales. Il nous semble que, si nous en restions là, nous n'aurions présenté qu'un fragment du problème. L'objet de ce second chapitre est de le montrer tout entier.

Les auteurs ont déjà, de façon ou d'autre, esquissé un rapprochement entre l'acte juridictionnel et l'acte administratif. Nous les avons suivis en utilisant la classification des questions et des solutions de droit. Mais l'acte administratif ne nous paraît être qu'un exemple, choisi parmi tous ceux que peut nous offrir l'ensemble des actes accomplis par les agents de l'Etat. Nous voudrions, cherchant le rôle exact des solutions...de questions de droit, montrer qu'il est toujours le même, quel que soit l'acte envisagé, quel que soit l'organe agissant. C'est pour donner à la théorie amorcée par le rapprochement de l'acte juridictionnel et de l'acte administratif son complet épanouissement que nous dirons ce qu'il faut entendre par « fonction d'exécution ».

Il y a mieux encore. Nous essaierons de prouver que les

solutions de droit se retrouvent, toujours identiques, dans les actes des particuliers. Nous parlerons alors d' « exécution de la règle ».

Et si nous croyons utile de placer ici ces développements, c'est, indépendamment du bénéfice que nous en retirerons quant au problème, secondaire à certains égards, des questions de droit, avec la pensée de nous orienter vers la solution du problème, principal celui-ci, de la nature et du rôle de l'acte juridictionnel. Nous savons que, au résultat d'une définition élémentaire et unanimement acceptée, l'acte juridictionnel n'a d'autre tâche que de mettre fin à des conflits. Or, nous livrant à une étude spécifiquement juridique de l'activité des agents et des particuliers, nous nous plaçons, sans aucun doute, sur le terrain même où les conflits peuvent et doivent surgir. En étudiant la « fonction d'exécution de la règle », s'il s'agit d'agents, et l' « exécution de la règle », s'il s'agit de particuliers, nous cherchons simplement à bien connaître le domaine dans lequel l'acte juridictionnel doit agir.

Et, en effet, nous espérons pouvoir, cette étude terminée, déduire, en quelques lignes, ce que sont la nature et le rôle de l'acte juridictionnel.

SECTION PREMIERE

L'ACTIVITÉ DES AGENTS PUBLICS : LA FONCTION D'EXÉCUTION

La règle de droit trouve son expression normale grâce à la fonction législative. Toutefois, la distinction des points de vue formel et matériel montre que cette *fonction législative* n'est pas monopolisée par *l'organe législatif*. Tout acte-règle, quel que soit son auteur, est une disposition par voix générale et abstraite. La loi faite par le Parlement et le règlement fait « par le maire de la plus petite

commune de France » sont, matériellement parlant, des actes de même nature. Il faut en déduire que la règle de droit, dans ses manifestations complexes et changeantes, trouve son expression depuis le sommet jusqu'au dernier échelon de l'organisation étatique. Le droit objectif se forme de degré en degré (1).

La règle trouve son expression première dans les textes et principes constitutionnels. Elle est alors infiniment abstraite. Cette constitution doit être exécutée. Pour cela, un pouvoir désigné fait des lois, qui sont elles-mêmes expression de la règle, déjà plus précise. Ces lois ne sauraient suffire. D'autres autorités compétentes reçoivent d'elles le pouvoir de faire des règlements. Ministres, préfets, maires, travaillent ainsi à exprimer la règle de droit. *A chaque échelon nous trouvons des agents dont la fonction est d'exécuter la règle d'un degré supérieur.* Cette fonction est doublée de celle qui consiste à permettre aux degrés inférieurs de participer à ce travail de législation. C'est pourquoi on a pu dire que l'activité de chaque degré est à la fois exécutive et créatrice (2).

Nous nous inspirons ici de la théorie de la formation du droit par degrés du professeur Merkl. Nous voulons constater, avant tout, *car, en partie du moins, la clef du problème juridictionnel est là, qu'à chaque échelon de l'organisation étatique nous trouvons une fonction d'exécution.* La règle est parfaitement abstraite en soi : il faut faire que cette règle s'applique à des individus. Cela ne se fait pas d'un coup, mais peu à peu, par marches graduellement descendues. Et cela se fait par des moyens variés.

(1) Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (Wien u. Berlin. Springer, 1927); Bonnard, *La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl* (*Revue de droit public*, 1928, p. 668).

(2) Bonnard, *loc. cit.*, p. 677.

Car il est essentiel de noter qu'à l'un des degrés de l'échelle on ne fait pas que des actes-règles. La nécessité d'exécution de la règle formulée aux degrés supérieurs fait que des actes-règles plus précis que les précédents sont indispensables. Mais ils voisinent étroitement avec des actes-conditions et des actes subjectifs. Un préfet fait des règlements; il fait aussi quantité de nominations, qui sont actes-conditions. Il fait, encore, des actes subjectifs. Nous pourrions en dire autant du ministre, au degré supérieur, ou du maire, au degré inférieur. De cette constatation importante il faut déduire que la notion d'exécution ne peut pas être liée à la notion de fonction administrative, au sens matériel du mot. Duguit l'a admirablement compris et exprimé⁽³⁾. Jusqu'à lui, la doctrine française a voulu voir dans la fonction administrative la fonction exécutive par excellence. Nous ne saurions l'approuver. Car la fonction administrative ne se nourrit que d'actes-conditions et d'actes subjectifs, et la notion d'exécution suppose, avant toute chose, la possibilité de faire des actes-règles.

Renonçons donc à la notion d'exécution dans la mesure où on veut qu'elle soit liée à celle d'acte administratif. Mais retenons qu'il est une *fonction d'exécution*. Elle n'est pas l'apanage d'un certain pouvoir. Si elle a pour rôle de permettre à la règle de droit de devenir de plus en plus précise, elle permet aussi à certains des organes qui en sont investis de faire toutes les catégories d'actes juridiques.

Mais la fonction d'exécution ne se contente pas d'exiger des agents qu'ils fassent des actes juridiques. L'activité d'un agent déterminé ne saurait s'analyser uniquement en actes-règles, subjectifs ou conditions. En plus des actes

(3) Duguit, 3^e éd., t. II, p. 292 et suiv.

juridiques, et en dehors des actes matériels, la fonction de cet agent est faite d'une multitude de choses qu'on ne saurait classer. Elle est faite, par exemple, d'une certaine attitude vis-à-vis des usagers du service public, d'un pouvoir d'éducation et de surveillance vis-à-vis des fonctionnaires inférieurs. Cela ne peut pas entrer dans les catégories définies par les actes juridiques. Mais ce n'en est pas moins une portion *d'exécution de la règle tracée au degré supérieur*.

A l'objection que, si largement qu'on puisse concevoir la notion d'exécution, il restera toujours un domaine qu'elle ne saurait embrasser, celui du pouvoir discrétionnaire, nous répondrons simplement en rappelant ce que Duguit a dit de ce dernier. Il a pu affirmer que, dans un droit évolué, tel que le droit français, il n'y a plus aucune place pour le pouvoir discrétionnaire. Car, ou bien l'on prendra le mot dans le sens de pouvoir sans limite, c'est-à-dire arbitraire, et nous sortons alors du plan juridique, ce que nous ne pouvons consentir à faire, ou bien nous le prendrons dans le sens de pouvoir d'appréciation donné à l'agent compétent dans les limites fixées par la loi, et nous rentrons alors dans le domaine de l'exécution. « Au moment de faire un acte, l'agent public a toujours et doit avoir toujours une certaine liberté d'appréciation sur le point de savoir s'il est opportun ou non qu'il le fasse... S'il en était autrement, il serait une sorte d'automate accomplissant inconsciemment les actes publics... Parfois, il y a ce qu'on appelle compétence liée, c'est-à-dire que certains faits se trouvant réunis, certaines circonstances étant accomplies, l'agent public ne peut refuser d'agir en tel ou tel sens déterminé; ...

» Parfois, au contraire, l'agent public a une très large

liberté d'appréciation à tous les points de vue, aussi bien en ce qui concerne l'opportunité que le sens de la décision...

» ... quelque large que puisse être parfois le pouvoir d'appréciation de l'agent administratif, celui-ci ne peut jamais être déterminé par un but étranger à un service public... » (4). Il faut donc admettre que, depuis le pouvoir le plus étroitement déterminé de compétence liée, jusqu'au pouvoir d'appréciation le plus large attribué à l'agent, il n'y a jamais que des différences de degrés, et aucune différence de nature. Dans le cas de compétence liée, l'exécution, pour reprendre un mot de Duguit, est quasi automatique. Mais, dans le cas où le fonctionnaire use de la liberté d'appréciation que la loi lui confère, il ne peut en user que *parce qu'elle l'a prévu, dans la mesure où elle l'a prévu, et pour réaliser les fins prévues*. Le pouvoir discrétionnaire, si l'on tient à conserver le mot, ne peut être qu'un cas-limite, et ne fait point exception à la règle de l'exécution.

Il est temps, maintenant, d'introduire les questions de droit. En fait, la chose est déjà réalisée. Car un agent, à quelque degré de l'échelle qu'il appartienne, doit, pour exécuter la règle qui s'impose à lui, résoudre des questions de droit.

On pourrait croire, un instant, que la fonction d'exécution ne peut avoir à résoudre, *quand elle veut faire des actes-règles*, que des questions abstraites. Il s'agit,

(4) Voir Duguit, *Traité*, 3^e éd., t. II, p. 301 et s. Voir également : Bonnard, *Précis*, p. 138.

d'abord, d'interpréter la règle, ce qui est abstrait, puis de procéder à des actes-règles, donc abstraits. Ces actes-règles deviendront, à mesure qu'on descendra les degrés de l'échelle, de plus en plus précis et restreints, mais demeureront actes-règles. Il en est ainsi jusqu'au dernier échelon, jusqu'au plus petit règlement. Si proche que soit ce règlement de la réalité, si précises que soient les hypothèses en vue desquelles il est rédigé, il ne s'adressera jamais à aucune personne individuellement désignée puisqu'il est acte-règle. Il n'est pas d'élément concret qui semble trouver place ici.

En réalité, il n'en est rien. Prenons le cas extrême, donc particulièrement probant, de *la loi au sens formel et matériel du mot*. La Constitution déclare que la Chambre des députés a droit de priorité en matière financière. Le président du Sénat, avant de soumettre à la haute assemblée un projet de budget, doit se demander s'il a été voté par la Chambre des députés. Pour cela, il aura recours à des moyens de preuve, que nul texte écrit n'a cure d'énoncer, car ils sont trop simples pour qu'on ait cru devoir les consigner, mais qui n'en existent pas moins. Nous disons même que leur simplicité, leur *évidence*, risquent fort de les faire oublier. Ces moyens de preuve, tels que la publication au *Journal officiel* du scrutin survenu à la Chambre, permettent au président de conclure : « La Constitution pose, en matière financière, la condition de l'examen préalable de la loi par la Chambre des députés. Je puis affirmer que, au regard du droit, le projet de budget de l'année 1931 remplit cette condition. » *Cette conclusion est concrète*. La raison en est qu'il s'agit du projet de 1931, et non de celui de 1930 ou de 1932. La conclusion, valable pour le budget en question, ne vaut plus rien pour tout autre budget. Le même président pourra, l'année suivante, se poser une

question concrète identique, toujours à propos du budget, à laquelle il fera une réponse identique. Mais il s'agira d'une question absolument distincte de la précédente, ayant un sens pour 1932 et n'en ayant plus aucun pour 1931. Le président a résolu une question concrète parce qu'il a établi, au regard du droit, l'existence du fait qu'est le vote préalable par la Chambre d'un projet de budget *individuellement désigné*.

Cette condition n'est d'ailleurs pas la seule qu'il faille réaliser pour que le Sénat puisse délibérer. La commission compétente doit avoir examiné le projet et le rapporteur déposé son rapport. Ici encore les moyens de preuve sont tellement simples qu'aucun texte ne les a prévus. Les bureaux de la présidence sont les premiers à recevoir ce rapport. C'est donc par une constatation personnelle que le président s'assure du *fait* que la commission a examiné le projet de budget de l'année 1931. Ceci encore est concret : il s'agit d'un projet de budget, et non d'une loi sur les retraites, et ce projet est celui de 1931 exclusivement. Les solutions concrètes ont donc pour résultat d'affirmer, même dans l'hypothèse où il s'agit d'un acte-règle, que *certaines faits*, qui doivent donner satisfaction aux conditions prévues par la loi, sont réalisés.

Les solutions de questions concrètes apparaissent plus facilement encore quand il s'agit d'actes-conditions ou d'actes subjectifs. Nous ne reprenons pas le raisonnement qui permet d'établir que ces actes ont quelque chose « d'individuel » et nécessitent la désignation d'un individu⁽³⁾. Or la loi prévoit que tel acte-condition ou tel acte subjectif ne pourra être fait par un agent, à propos de tel indi-

(3) Voir Duguit, *Traité*, 3^e éd., t. I, p. 328, et t. II, p. 287.

vidu, que si cet individu réunit certaines conditions énumérées par elle. Ces conditions ne seront réalisées à l'égard de l'agent que s'il peut les considérer comme démontrées par des solutions de questions de droit concrètes. La nomination d'un fonctionnaire, acte-condition, exige que ce fonctionnaire remplisse certaines conditions prévues par la loi. C'est par des solutions de questions concrètes que le candidat prouvera la réalisation de ces conditions. Un contrat de droit public ne peut être conclu que si certaines conditions sont réalisées. L'adjudication en matière de travaux publics nécessite la production de certaines garanties de savoir et d'habileté. Elle nécessite même un cautionnement. Avoir satisfait à toutes ces conditions constitue autant de faits qu'il faudra établir suivant des moyens prévus par la loi.

Concluons donc, une fois de plus, que tout acte juridique fait par un agent de l'Etat est conditionné par la solution d'une question de droit principale telle que nous l'avons définie. Cette question est composée de la juxtaposition de deux sommes de solutions données :

- 1° à des questions abstraites et concrètes pour la preuve des éléments de fait dont on entend tenir compte;
- 2° à des questions abstraites seulement pour les conditions que la loi exige.

De la confrontation résulte la réponse : il y a lieu ou il n'y a pas lieu de faire l'acte.

Les pages qui précèdent ont le double avantage de nous familiariser avec l'analyse des questions de droit (nous bénéficierons de cette habitude quand nous étudierons l'acte juridictionnel), et de nous faire mieux comprendre qu'on ne peut s'attacher uniquement à l'existence de la

solution de la question de droit pour déceler l'acte juridictionnel.

La grande idée que nous avons voulu dégager reste néanmoins celle de la *fonction d'exécution*. Si le caractère d'exécution nous paraît suffisamment établi, nous voulons redire, pour faire contraste avec le contenu de la section suivante, qu'il y a *fonction*. Cela, parce que nous avons eu exclusivement affaire à des agents. Ces agents, afin de répondre à des exigences publiques, donnaient à la règle de droit un caractère de plus en plus précis ou faisaient des actes-conditions et subjectifs. Au contraire, nous allons parler bientôt d'individus qui, *tout en exécutant encore la règle*, et de la même façon que les premiers, ne donnent satisfaction qu'à des besoins privés.

SECTION II

L'ACTIVITÉ PRIVÉE : L'EXÉCUTION

Nous voulons montrer maintenant que l'individu privé, quand il fait un acte privé, un contrat de vente par exemple, *exécute la règle de droit*.

Le professeur Merkl, de l'Université de Vienne, semble avoir déjà affirmé cette idée ⁽⁶⁾. M. Merkl construit une théorie de la formation du droit par degrés *intégralement normativiste*. Il pose qu'une norme, ou *sollen*, ou devoir être, peut être soit générale et impersonnelle, soit individuelle. On ne voit aucun motif de ne pas considérer comme normatif le caractère de devoir être impliqué par une situation subjective. M. Merkl affirme ensuite qu'une norme

(6) Voir l'article de M. Bonnard, *La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl* (*Revue de droit public*, 1929, p. 668 et suiv.).

ne peut être engendrée que par une autre norme, et que l'ordonnancement juridique d'un pays ne serait qu'une gigantesque cascade de normes, de moins en moins abstraites et compréhensives, de en plus précises et spécialisées. Le dernier échelon serait, si nous avons bien compris, constitué par les normes individuelles des actes subjectifs, qui sont normes de pure exécution, et non plus à la fois d'exécution et de création comme toutes les autres normes des degrés supérieurs.

Cette théorie apparaît, sans aucun doute, comme des plus séduisantes. Elle a le grand avantage de créer une unité parfaite dans l'ordonnancement juridique d'un pays, ce qui, nous le verrons plus tard, facilite beaucoup la solution du problème juridictionnel. Aussi voulons-nous nous y arrêter un peu.

Nous ne croyons pas, d'abord, que M. Merkl ait le mérite d'avoir découvert cette unité de l'ordonnancement juridique. M. Bonnard lui-même, interprète averti entre tous de la pensée de Léon Duguit, a écrit : « Celui-ci (l'ordonnancement juridique) serait ainsi constitué par deux éléments de nature très distincte : le droit objectif d'un côté, les rapports et situations de l'autre; il comporterait ainsi un dualisme irréductible. » Et M. Bonnard, en note, ajoute que Duguit paraît comprendre ainsi l'ordonnancement juridique (7). Nous croyons, au contraire, que Duguit a parfaitement vu l'unité de l'ordonnancement juridique, et l'a justement conçue sous la forme de ce devoir être, de ce *sollen*, dont parle M. Merkl.

Duguit a laissé entendre que le droit objectif et l'ensemble des situations objectives ne faisaient qu'un. « Le

(7) Bonnard, *loc. cit.*, p. 674.

juge doit résoudre une question de droit objectif dans deux hypothèses différentes, qu'il est utile de distinguer, bien qu'au fond *elles se ramènent à une seule.* » (8). La première est celle de la violation de la règle de droit, du droit objectif, la seconde celle de la violation d'une situation objective. Nous reviendrons plus tard sur ce point : aussi n'insistons-nous pas.

Quant aux situations subjectives, elles ont été minutieusement analysées par Duguit. « *Comme les situations précédentes, la situation subjective se résume toujours en un ensemble d'impératifs objectifs s'adressant à des individus ...* » (9). Situations objectives et subjectives sont donc, par cette phrase, identifiées quant au caractère impératif. Or, entre les notions de normatif, ou de *sollen*, ou de devoir être, et celle d'impératif nous ne trouvons « qu'une nuance insaisissable ».

MM. Duguit et Merkl ayant, selon nous du moins, réalisé l'accord sur ce point, nous croyons pouvoir accepter l'idée de l'unité de l'ordonnancement juridique, et ceci sur le terrain du normatif.

Revenons maintenant à l'activité des individus privés. En quoi cette activité peut-elle être une exécution de la norme ? Si nous prenons la théorie de M. Merkl, si, dans l'ordonnancement juridique, il n'y a que des normes, et si une norme ne peut sortir que d'une autre norme la chose peut être considérée comme démontrée. L'individu se soumet à la norme du dernier échelon, et comme cette norme n'était elle-même qu'exécution d'une autre norme, nous descendons d'exécution en exécution, jusqu'à l'activité des particuliers.

(8) Duguit, 3^e éd., t. II, p. 473.

(9) Duguit, 3^e éd., t. I, p. 441.

Ce raisonnement nous paraît un peu prompt.

On conçoit fort bien que l'agent, dont il était question à la section précédente, ne puisse s'évader de l'exécution. Car il était soumis, avant tout, à la norme du service. Cette norme lui disait d'agir, et c'est pourquoi il y avait *fonction*. Cet agent n'était pas libre de faire ou de ne pas faire un acte-règle, condition, subjectif. La norme lui *commandait* de le faire. Les conditions légales de cette activité pouvaient donner à l'agent une grande part d'appréciation personnelle, la faculté largement ouverte d'agir ou de ne pas agir. Mais cela signifie simplement qu'on lui attribuait un pouvoir d'appréciation des intérêts du service. Cette appréciation n'est elle-même qu'une forme de l'exécution (10).

Le particulier n'est point dans une telle situation. Il est libre, par exemple, de ne pas faire des actes de commerce. Comment, s'il en fait, ne pourra-t-il qu'exécuter la règle ?

La réponse à une pareille question nous paraît découler de l'analyse faite par Duguit de l'acte juridique. Duguit a montré *ce que pouvait, dans le domaine juridique, la volonté*. Nous aurons plus tard à tenir grand compte de cette analyse. Retenons-en, pour l'instant, que l'individu est libre d'agir ou de ne pas agir, mais que, pour lui, agir c'est déclencher l'engrenage des lois. De même, agir, dans le domaine physique, c'est déclencher l'engrenage des lois physiques. De sorte que l'individu ne peut rien en dehors de ce qu'un mécanisme légal, *qui ne dépend pas de lui*, lui permet de pouvoir.

L'individu n'a donc qu'un moyen d'agir dans le domaine juridique (ou physique), c'est d'accepter de suivre le sen-

(10) Nous devons reconnaître que Duguit dit le contraire dans des lignes difficilement explicables. Duguit, 3^e éd., t. II, p. 293.

tier que la loi lui indique. Qu'il essaie d'en sortir, et il violera cette loi. Nous verrons plus tard les conséquences de cette violation.

Ceci est vrai des actes matériels comme des actes juridiques. L'individu *peut* ne rien faire, mais s'il veut se livrer à un acte matériel, il *doit* exécuter la norme qui prévoit la façon dont cet acte sera fait. S'il veut passer en automobile dans une rue encombrée, il doit exécuter la norme qui dira la vitesse maxima. Bien mieux, avant de faire un acte matériel il doit se demander si une norme ne lui interdit pas d'agir ainsi. *Et si cette norme existe, il exécutera encore en s'abstenant.*

De quelque façon qu'on envisage les choses, *du point de vue juridique, vouloir et pouvoir c'est se soumettre.*

Enfin il faut noter que si, d'une façon générale, l'individu est libre, pour s'évader de l'emprise de la norme, de se condamner à l'immobilité, si, en d'autres termes, on ne peut parler, dans le cadre de l'activité privée, de fonction d'exécution, mais d'exécution seulement, il faut noter que, de plus en plus, le droit à l'immobilité se restreint. Dans tous les domaines, l'individu se trouve, chaque jour un peu plus, en face de normes sans cesse plus nombreuses qui lui commandent d'agir. On voit le domaine de la fonction d'exécution ronger lentement le domaine de l'exécution.

Comment cette exécution se traduit-elle ? Par des actes-règles (constitution de sociétés et d'associations), des actes subjectifs, des actes-conditions, des actes matériels, des attitudes, des façons d'agir qu'on ne peut classer dans aucune catégorie juridique bien définie. Nous répétons ici ce que nous avons dit des agents.

Comment cette exécution s'opère-t-elle ? *Par des solu-*

tions de questions de droit. Exécuter, c'est avoir, au préalable, interprété : solution abstraite. Avant de faire un acte subjectif, condition, ou règle, il faut s'être assuré par des solutions concrètes que, au regard du droit, les conditions prévues par la règle sont réalisées. Agir, c'est avoir, d'abord, confronté cette règle et ces conditions que l'on juge réalisées : question de droit principale.

Si ces questions sont mal résolues des conséquences se produiront; elles ne seront nullement différentes des conséquences qui, dans la même hypothèse, se produiraient pour un agent de l'Etat.

CHAPITRE III

LA NOTION D'ACTE JURIDICTIONNEL LE CRITERE MATERIEL

SECTION PREMIERE

L'ACTE JURIDICTIONNEL RÉPOND A UNE QUESTION POSÉE SUR LA
VIOLATION DE LA RÈGLE DE DROIT

Sans qu'on en ait, pour ainsi dire, parlé, la fonction juridictionnelle a trouvé sa place.

La loi, parce qu'elle est norme, veut être obéie; elle exige l'exécution sous toutes ses formes. Cette exécution réalisée, la loi doit se déclarer satisfaite. Mais une condition est nécessaire : *l'exécution réalisée en fait doit coïncider exactement avec l'exécution que demande la loi.*

En d'autres termes, la loi exigeant, pour devenir une réalité concrète, d'être exécutée, il faut, de toute nécessité, concevoir un organisme qui aura pour rôle d'apprécier la conformité à la loi de cette exécution. Car une exécution non conforme à la loi n'est pas une exécution.

La fonction de cet organe, nous l'appelons *fonction juridictionnelle*, et l'acte qui tranchera une question de légalité de l'exécution sera un *acte juridictionnel*.

Nous venons d'énoncer l'une des conclusions principales de toute notre étude, en même temps que l'idée-base des développements qui vont suivre. *Il y aura acte juridic-*

tionnel lorsqu'on devra résoudre une question de violation de la loi, ce qui ne signifie pas autre chose que vérifier si l'activité d'un individu (*toute* activité étant, nous le savons, exécution de la règle) est conforme à l'exécution que postule la loi. Que la réponse soit oui non, peu importe. Demander si l'exécution de la loi est conforme à cette loi, c'est poser une question juridictionnelle.

Plaçons-nous dans le domaine de l'activité privée. Nous aurons affaire à des individus qui agissent, ou croient agir, dans les limites de leur capacité. Ils agissent au moyen d'actes juridiques, d'actes matériels; de plus, ils ont une certaine attitude qui se manifeste de mille manières, y compris par des abstentions. Ces individus n'ont qu'une chance de voir cette activité, très largement conçue, mériter le respect de tous : c'est de la modeler exactement sur les prescriptions de la loi. Si ces individus font un acte juridique, ils respectent les formes prévues, les conditions de fond exigées. S'ils font des actes matériels, ils ont grand soin de ne pas dépasser les limites que leur assigne la règle de droit. Au delà de ces limites ils seraient considérés, par exemple, comme portant atteinte au patrimoine d'autrui. La loi fait que leur activité a une valeur juridique et une protection.

Il est alors nécessaire de concevoir un organisme qui dise, en cas de besoin, si cette activité juridique est bien conforme à la loi. Devant cet organisme désigné les plaideurs viendront soutenir que celle-ci a été ou n'a pas été violée. *Ils ne peuvent soutenir que cela*, parce qu'en dehors de la règle il n'est rien qui permette de fixer, pour employer le langage classique, les droits et les devoirs de chacun. L'acte juridictionnel sera donc la réponse à une question de légalité, c'est-à-dire à une question posée sur la violation de la loi. Et cela sera vrai *dans tous les cas*.

Cette définition nous paraît s'imposer, que l'on accepte avec Duguit d'éliminer la notion de droit subjectif, ou qu'on la maintienne. La thèse qu'il a présentée sur la notion de droit subjectif a rencontré tant d'opposition, a suscité tant de véhémentes critiques, qu'il n'est pas encore possible de la considérer comme victorieuse. Personnellement, nous avouons être mieux que séduit, convaincu. Mais nous croyons que notre proposition fondamentale peut rester la même *quelle que soit la théorie admise sur la source des droits*. Que l'on reconnaisse avec Duguit què la règle précède les droits et, par l'intermédiaire des situations objectives et subjectives, constitue la source unique des obligations, ou que l'on préfère soutenir encore que l'homme, en tant qu'homme, a des droits antérieurs à la règle juridique, on peut toujours affirmer que l'acte juridictionnel résout une question de violation de la loi. Car, dans la doctrine subjectiviste, si la loi est postérieure au droit subjectif, elle ne peut se concevoir que comme la *sanction organisée* de ce droit subjectif. Donc, violer le droit subjectif, c'est violer, au passage, la loi qui protège. Pour accepter les théories de certains auteurs de droit civil, s'il n'est que deux sources des obligations, la volonté et la loi, *il n'en reste pas moins que la loi protège les obligations que la volonté crée*.

Ainsi notre proposition sur le rôle de la fonction juridictionnelle s'adapte à toutes les théories.

Nos deux premiers chapitres nous ont permis d'induire ce que pouvait être l'acte juridictionnel : un acte qui tranche une question relative à la violation de la loi. Nous ne prétendons pas que cette conclusion nous soit exclusivement personnelle. Mais nous pensons, en revanche, qu'on ne peut citer qu'un auteur qui l'ait, et à certains

moments seulement, aperçue. Cet auteur, c'est Léon Duguit. Malheureusement, sa terminologie est un peu flottante. Au point qu'il est difficile de dire quel critère exact il entend suivre en matière d'acte juridictionnel. Il commence par écrire : « Pour qu'il y ait juridiction, il faut qu'il y ait eu question de droit à résoudre... » (1). Puis, plus loin : « Si, en intervenant, il (l'agent) a poursuivi un autre objet, si la solution qu'il a donnée à une question de droit est un moyen et non une fin, on doit affirmer qu'il n'y a pas d'acte juridictionnel. » (2). Nous constatons que Duguit parle seulement de question de droit en général, ce qui ne signifie pas forcément question posée sur la violation de la loi. Il écrit, d'autre part : « On peut demander au juge : 1° s'il y a eu une attitude, action ou abstention contraire à la règle de droit, à la loi; 2° s'il y a eu une action ou une abstention qui constitue une atteinte à une situation de droit objectif; 3° s'il y a eu une action ou abstention qui soit une atteinte à une situation juridique subjective. » (3). Il est bien certain que Duguit pense alors uniquement au critère défini par la *violation* de l'un des trois facteurs constitutifs de l'ordonnancement juridique. Or, pour qui connaît les théories de Duguit, il n'est pas bien difficile de démontrer que chacune des trois espèces de violations pré-

(1) Duguit, *Traité*, 3^e éd., II, p. 424.

(2) Duguit, *Traité*, 3. éd., II, p. 424. Dans la seconde édition, la même proposition contenait des termes différents : « Si, en intervenant, il a poursuivi un autre *but*, si la solution qu'il a donnée à une question de droit est un moyen et non un *but*, on doit affirmer qu'il n'y a pas d'acte juridictionnel. » Préparant sa troisième édition, Duguit aura craint qu'on ne lui adresse le reproche de contradiction. Il se défend, en effet, de vouloir déterminer le rôle des différentes fonctions de l'Etat par l'idée de but (Voir II, p. 235 et suiv., 2^e éd., et II, p. 291 et suiv., 3^e éd.). Nous ne sommes pas assuré qu'il y ait une différence appréciable entre les mots « but » et « fin » ainsi placés.

(3) Duguit, *Traité*, 3^e éd., II, p. 422 et 435.

vues correspond toujours à une violation de la règle de droit. Malheureusement, lorsque Duguit étudie les divers cas de contentieux, le critère de violation de la règle disparaît.

Duguit étant mis à part, tous les auteurs se contentent d'envisager le cas de violation de la règle objective comme *l'un des cas* où, sans conteste, il y a matière à contentieux. Nous ne pouvons affirmer qu'ils aient réellement pensé que là était *le cas unique*, le cas qui réunit en lui tous les autres. Nous avons relevé dans les *Eléments du contentieux* de Hauriou la phrase suivante : « Il n'est pas niable que le juge n'ait d'une certaine façon à dire le droit, encore qu'il faille entendre par là l'interprétation de la règle objective aussi bien que la déclaration du droit subjectif.. » (4). De même Artur, dans son ouvrage sur *La séparation des pouvoirs et la séparation des fonctions*, envisage, pour l'écarter ensuite, le cas de violation de la loi considérée comme règle objective (5). Hauriou mentionne ce passage (6). Il ne semble donc pas que ni l'un ni l'autre de ces deux auteurs soit arrivé à la conception de l'acte juridictionnel représenté comme la réponse donnée à une question posée sur la violation de la loi.

Au surplus, on s'explique aisément que Léon Duguit ait conçu, sans l'exposer vraiment, la thèse à laquelle nous croyons pouvoir nous rallier. Il est, en effet, le premier auteur qui ait bien vu quel est le rôle de la règle de droit, qui ait compris qu'en dehors de ceux que pose la règle de droit il n'est de problème juridique d'aucune sorte. Mais

(4) Hauriou, *Eléments du contentieux* (Recueil de législation de Toulouse, 1905, p. 41).

(5) Artur, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, p. 306.

(6) Hauriou, *loc. cit.*, p. 41.

l'habitude est chose tenace. Duguit lui-même l'a subie. Traditionnellement on parle des cas où une question est posée au juge sur *l'existence* d'une situation juridique. Duguit en parle lui aussi, et il ne dit nulle part, ce qui est l'essentiel, et ce qui, selon nous, constitue le fond de sa pensée, que cette question posée sur l'existence de la situation juridique ne fait qu'en recouvrir une autre. Cette autre question, vrai critère de l'acte juridictionnel, a pour rôle de demander si, par le manque de respect porté à la situation juridique, on n'a pas transgressé la loi qui protège, en un mot, violé la règle de droit.

Dans sa thèse de doctorat, M. Lureau a donné une définition à notre gré presque parfaite de la fonction juridictionnelle. Il dit qu'elle est « l'activité de l'Etat qui consiste à constater les violations du droit, quelles qu'elles soient, afin de les réprimer par une décision qui se trouve commandée par la constatation du droit violé » (7). Nous ne comprenons pas comment M. Lureau ne voit pas que cette définition de la fonction juridictionnelle est en même temps *le critère de l'acte juridictionnel*. Car, il écrit aussi : « ... Pour savoir si l'on se trouve ou non en présence d'un acte juridictionnel, il faut rechercher si son auteur est intervenu pour résoudre principalement et directement cette question de droit ou s'il a agi dans un autre but. » (8). M. Lureau retombe ainsi, sans la moindre réserve, dans le critère offert par Duguit. Nous avons déjà dit qu'il était inadmissible, parce qu'une solution de question de droit ne peut être considérée comme une fin. Elle doit être considérée comme un moyen qui conduit à une opération ultérieure. Dans l'immense majorité des cas, la solution de la question

(7) Lureau, *op. cit.*, p. 122.

(8) Lureau, *op. cit.*, p. 176.

de droit n'a que peu d'intérêt pour le plaideur. La possibilité de mettre la force publique en action le préoccupe bien davantage. M. Lureau lui-même le sait fort bien : « Nous *confessons* que, sans la décision, l'objet de la fonction juridictionnelle n'est que très imparfaitement réalisé et que, partant, bien que la décision ne soit pas, encore une fois, un élément intrinsèque de l'acte de juridiction, c'est grâce à elle et par elle que l'on peut dire que la fonction du juge est entièrement et complètement remplie. » ⁽⁹⁾. On peut donc soupçonner M. Lureau d'avoir quelque doute sur la valeur du critère qu'il emprunte à Duguit.

Enfin, pour bien montrer que les auteurs n'ont pas encore envisagé le critère de l'acte juridictionnel dont nous entendons nous servir, il nous faut citer un passage d'une étude de M. Vizios, professeur à la Faculté de droit de Bordeaux. L'auteur procède à une analyse minutieuse des nombreuses théories trop délaissées d'habitude par les procéduriers. L'acte juridictionnel est, notamment, l'objet de ses soins. M. Vizios se livre à une étude des différentes théories proposées et, après critique, donne ses conclusions personnelles. « En définitive il y a, croyons-nous, juridiction toutes les fois que l'agent public intervient pour trancher une question de droit, c'est-à-dire toutes les fois qu'il est appelé à se prononcer sur une *prétention* d'ordre juridique. Il résout alors cette question de droit au moyen d'une constatation certaine. Cette constatation est généralement suivie d'une décision qui, partant de la constatation, a pour objet de la réaliser, de lui assurer son efficacité pratique. » ⁽¹⁰⁾.

(9) Lureau, *op. cit.*, p. 173. — Nous sommes conduit à empiéter ici sur une matière que nous étudierons longuement plus tard : celle de la distinction de l'acte juridictionnel et de la décision consécutive. Nous l'avons fait pour montrer qu'une solution de droit ne pouvait être conçue que comme moyen.

(10) Vizios, *Études de procédure* : II. *Les notions fondamentales de la*

Ainsi, dans l'étude de M. Vizioz, qui nous paraît la plus récente, les thèses de doctorat étant naturellement mises à part, nous ne trouvons pas consignée l'idée que la notion d'acte juridictionnel est liée à la notion de question de droit posée sur la violation de la loi. Nous ne trouvons que la prétention d'ordre juridique, ce qui ne signifie pas forcément prétention de faire constater la violation de la règle.

En résumé, nous pouvons affirmer que, si la fonction juridictionnelle a été correctement définie, *jamais encore on n'a pris comme critère de l'acte juridictionnel le fait qu'il résout une question de violation de la loi*. Nous allons tenter de le faire, et nous espérons obtenir ainsi quelques résultats nouveaux dans le domaine de la chose jugée.

Si, d'autre part, nous tentons de concevoir l'acte juridictionnel sur la base d'une constatation de la violation de la loi, de la vérification de l'exécution que postule la règle, nous ne croyons pas qu'il faille apporter la moindre restriction à cette conception. C'est ainsi que, selon nous, l'acte juridictionnel peut avoir à constater des violations de la loi passées, présentes et futures.

Notre conception de l'acte juridictionnel, la possibilité de lui faire saisir des violations de la règle dans le passé, le présent et le futur ont beau être des conséquences *logiquement* déduites, nous croyons utiles de les vérifier. Nous voulons, surtout, nous attacher à la vérification du principe, base de notre étude, suivant lequel l'acte juridictionnel est lié à la constatation d'une violation de la règle. Pour ceci, nous prendrons les différents cas de contentieux envisagés par deux très grands auteurs, MM. Duguit et Jèze,

procédure et la doctrine française de droit public (Extrait de la *Revue générale du droit de la législation et de la jurisprudence en France et à l'Etranger*), 1931, p. 49.

et nous montrerons que, dans chacun des cas prévus, nous trouvons toujours la même idée, la poursuite d'une constatation de violation de la règle. Nous vérifierons ensuite que cette constatation peut porter sur des violations futures.

Mais, avant de procéder à cette vérification, et en acceptant pendant quelques instants que le principe soit acquis, nous allons déduire rapidement certaines conséquences fort importantes, dont l'une est de nature à faciliter cette vérification détaillée.

SECTION II

CONSÉQUENCES IMMÉDIATES DE LA NOTION DE JURIDICTION

1° La conception que nous nous sommes formée de la fonction juridictionnelle est le résultat d'une véritable définition. Toutes les fois qu'une question de légalité de l'exécution de la règle de droit sera posée, nous dirons qu'il y a lieu de faire un acte juridictionnel. *Réciproquement, toutes les fois qu'un acte juridictionnel aura été fait, nous dirons qu'une question de légalité de l'exécution aura été posée.* En d'autres termes, s'il ne peut pas y avoir de réponse à une question de violation de la loi sans acte juridictionnel, il ne peut pas y avoir d'acte juridictionnel sans question posée sur la violation de la loi.

Cela ressort directement de ce que nous avons dit précédemment. En effet, la seule voie qui nous soit ouverte pour concevoir une activité qui ne soit pas d'exécution, c'est de poser une question relative à la légalité de cette exécution. L'activité des particuliers comme celle des agents publics ne peut s'analyser qu'en une exécution, de degré en degré plus concrète, de la règle de droit. L'acte juridictionnel ne peut contribuer à cette exécution que dans la mesure où il doit répondre à une question posée sur la

légalité de celle-ci. Toutes les fois qu'une telle question n'est pas posée, nous retombons dans une activité de pure exécution. L'acte juridictionnel ne peut donc exister qu'au prix d'une question posée sur la légalité d'un certain acte d'exécution.

2° *L'acte juridictionnel pourra avoir à juger de la légalité de n'importe quel acte d'exécution.* Acte matériel, acte-règle, acte-condition, acte subjectif, subiront sa censure. Bien plus, ces portions d'activité d'exécution dont nous disions qu'elles ne pouvaient être classées dans aucune catégorie juridique définie ne lui échapperont pas. Un fonctionnaire peut faire ponctuellement tous les actes juridiques que lui commande sa fonction, mais y apporter une telle façon, un tel état d'esprit, ou bien attirer sur lui de tels scandales, que cette portion d'exécution de la règle à laquelle il doit obéir puisse être considérée comme défectueuse et contraire à cette règle même. L'acte juridictionnel sera là pour en décider. Dans le cadre de l'activité des agents publics, ce sera le domaine propre de la répression disciplinaire.

Tous les actes des particuliers étant des actes d'exécution, quelle que soit leur nature, juridique, matérielle, ou impossible à classer dans les catégories ordinaires, sont également soumis à la loi du contrôle.

3° L'exécution de la règle étant de même nature à tous les degrés de l'échelle, *la notion de juridiction s'introduit à tous les degrés de cette échelle.* Nous mentionnons simplement que cette conclusion est nécessaire aux yeux de la logique. Toutes les organisations étatiques n'y satisfont pas. La question se pose surtout au sujet de la légalité constitutionnelle des actes législatifs. Les Etats-Unis ont des cours compétentes pour juger de cette légalité. L'Au-

triche a un tribunal spécialement créé à cet effet ⁽¹¹⁾. D'autres législations admettent l'exception d'inconstitutionnalité. L'organisation juridique et la pratique française n'admettent rien de tout cela. Pourtant, les tribunaux acceptent couramment aujourd'hui de se déclarer juges de la légalité des règlements administratifs, qui sont lois au sens matériel ⁽¹²⁾. Le point de vue formel est donc la base de cette distinction.

Nous déduisons de la théorie de la formation du droit par degrés l'existence du problème de la légalité de l'exécution, c'est-à-dire de l'acte juridictionnel, à tous les degrés de l'échelle. C'est pourquoi nous ne pouvons comprendre pourquoi M. Bonnard, parlant de la théorie du professeur Merkl, écrit que : « Par rapport à cette hiérarchie de normes, les fonctions de l'Etat se situent de la façon suivante. On trouve d'abord la fonction constituante, qui est la fonction d'élaboration des normes constitutionnelles par exécution de la norme originaire. Puis, au-dessous d'elle, et sous sa subordination, se présente la fonction législative, car elle est la fonction de production de normes par exécution immédiate de la constitution. Enfin, à un étage inférieur et subordonnées à la fonction législative, se trouve les fonctions administrative et juridictionnelle. Elles sont, en effet, toutes deux des fonctions d'élaboration de normes par exécution immédiate de la loi. » ⁽¹³⁾. Notre étonnement tient à ce que M. Merkl est le promoteur de la théorie de la for-

(11) Voir Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche*, thèse Paris, 1928.

(12) Voir Bonnard, *Précis de droit administratif*, p. 117. Voir aussi note de Duguit sous Cass., 24 oct. 1917, S., 18. 1. 193. Conclusions de M. A. Colin. Voir enfin Lureau, *Appréciation de la légalité des règlements administratifs par les tribunaux judiciaires*.

(13) Bonnard, *Revue de droit public*, 1928, p. 680.

mation du droit par degrés, et de ce qu'il professe à Vienne, terre d'élection du tribunal constitutionnel. A lire ces lignes, on pourrait croire que le tribunal constitutionnel ne fait pas des actes juridictionnels, à moins qu'on ne préfère le considérer comme soumis à la fonction législative, tout en ayant la faculté de juger la légalité des actes qu'elle fait. Ces deux solutions nous paraissent également inadmissibles.

4° Une quatrième conséquence est la suivante : *le contenu de l'acte juridictionnel est strictement limité*. Il donne la solution d'une question posée sur la violation de la loi, d'un problème de légalité, *et rien de plus*. Dès que cette réponse sera fournie, l'acte juridictionnel sera terminé. D'autres actes lui feront suite qui porteront le nom de *décisions consécutives*. Ils auront pour but de réparer la violation de la loi constatée. Ce ne seront plus des actes juridictionnels, et ce ne seront pas même des éléments de l'acte juridictionnel. Car, la logique le démontre de la plus impérieuse façon, il n'est qu'un moyen d'échapper à la succession des degrés de l'exécution, c'est de résoudre une question de légalité. Toute activité qui s'en écarte rentre par là même dans l'exécution. Faire en sorte que, dans certaines conditions, dont la principale est la réponse affirmative donnée à la question de violation de la loi, des mesures soient prises qui réparent cette violation, *c'est exécuter, ce n'est plus juger de la légalité de l'exécution*. Nous pouvons donc dire dès à présent, et cette conclusion sera longuement développée plus tard, que la condamnation pénale ou civile n'est pas un élément de l'acte juridictionnel. Elle est un acte de la fonction d'exécution.

L'acte consécutif à l'acte juridictionnel pourra prendre

les formes les plus variées : annulation d'actes reconnus illégaux, actes constitutifs de situations objectives ou subjectives. Sa nature dépendra de la réparation de la violation de la loi qu'il y aura lieu d'opérer. De cette nature nous ne retiendrons, pour l'instant, qu'une chose : elle exclut l'acte consécutif de l'acte juridictionnel.

5° Nous avons dit qu'un fonctionnaire ne peut agir que comme exécutant. C'est pourquoi la question de la légalité des actes faits par cet agent se pose, et que, en conséquence, un organisme juge de cette légalité s'impose. Il paraît alors tout naturel de dire : *l'organisme en question, composé lui aussi d'agents compétents, ne fait qu'exécuter la règle de droit*. Il l'exécute en ce qu'elle exige que les violations de la loi soient constatées pour être ensuite réparées, si besoin réprimées. Il n'y a donc pas, semble-t-il, de différence de nature entre l'activité juridictionnelle et l'activité administrative, toutes les deux étant activité d'exécution.

La remarque est juste, mais la conclusion qu'on en tire est fausse. La remarque est juste en ce qu'elle exprime clairement qu'aucune activité juridique ne peut exister que dans les cadres tracés par la loi. Elle montre que la règle est la source unique des mécanismes juridiques. L'organe qui a pour rôle de juger la légalité de l'exécution de la règle est un exécutant par rapport à cette même règle. Aussi conçoit-on immédiatement un contentieux de la légalité des actes juridictionnels. Ce contentieux existe, et c'est le domaine propre des juridictions dites de cassation.

Mais la conclusion qu'on veut déduire de la remarque est fausse. Car elle tendrait à confondre en une seule classe toutes les espèces d'exécution. Or nous voyons maintenant qu'il en est deux. Il en est une qui n'a d'autre rôle

que transformer cette chose abstraite qu'est la loi en une réalité presque vivante. Il en est une autre qui a pour rôle de juger de la légalité de la précédente. Dans les deux hypothèses il y a exécution; mais l'exécution de la seconde hypothèse n'est que l'appréciation de l'exécution de la première.

Cela se traduira plus tard par cette formule simple : ce qu'on attend de la fonction d'exécution (dont nous excluons maintenant la fonction juridictionnelle), c'est le fruit de la volonté; ce qu'on attend de la fonction juridictionnelle, c'est le fruit de l'intelligence.

SECTION III

JUSTIFICATION DÉTAILLÉE DE NOTRE NOTION DE LA JURIDICTION

§ 1. — L'acte juridictionnel doit répondre à une question posée sur la violation de la règle.

Nous ferons, pour cette justification, une remarque préliminaire. La loi sera toujours considérée par nous dans son sens matériel. Or une loi, au sens matériel du mot, crée toujours une situation juridique objective. Etant règle, c'est-à-dire disposition par voie générale, elle ne peut avoir que des conséquences objectives ou, si l'on préfère, indifférentes à la notion d'individu désigné. Réciproquement, toute situation objective suppose, au préalable, un acte-règle qui la crée. Tantôt cette situation s'applique immédiatement et directement à tous les individus ou à toute la catégorie d'individus visés; tantôt elle a besoin du déclic d'un acte-condition. Mais la situation objective n'en existe pas moins, en puissance si l'on veut. La règle et la situation objective sont donc deux choses indissolublement liées.

Pour vérifier que tout acte juridictionnel est une réponse à une question de violation de la règle, il nous suffira donc de constater, dans toutes les hypothèses possibles, ou bien qu'une question est effectivement posée sur la violation de la règle, ou bien qu'une question est posée sur la violation d'une situation objective. C'est tout un, car violer une situation objective c'est violer la règle qui la crée.

1° Il est d'abord une hypothèse tellement simple qu'il est impossible de ne pas voir la question de légalité qu'elle renferme. Duguit parle des cas où il y a « violation de la loi ». Ce peut être au moyen d'un acte matériel (contentieux de la répression ou de la réparation) ⁽¹⁴⁾ ou au moyen d'un acte juridique (recours pour excès de pouvoir) ⁽¹⁵⁾. Il n'y a pas à insister sur ce point. Il est dépourvu de toute difficulté.

2° Duguit parle ensuite des cas où il y a violation d'une situation subjective ou objective. Nous n'avons pas de peine à montrer que violer une situation subjective c'est violer la règle. *En effet, un des principes fondamentaux de notre droit dit que les situations subjectives doivent être respectées.* Ce principe est une des bases sur lesquelles on assait celui de la non-rétroactivité des lois. Des attein-

(14) On sera peut-être tenté de nous opposer la théorie du risque, d'après laquelle il ne saurait y avoir question de violation de la loi. Nous répondrons que cette théorie a commencé par substituer à la preuve de la faute une présomption, ce qui laisse intacte la question de violation de la loi. Cette violation est présumée. Que si l'on vient nous dire que la théorie du risque tend aujourd'hui à écarter la notion même de faute pour exiger qu'un individu qui, par un moyen quelconque, a des chances de gain, subisse automatiquement les risques prévus par la loi, nous répondrons alors que, justement, celui-ci viole la loi qui ne veut point reconnaître les risques que cette loi lui impose.

(15) Une thèse, abandonnée depuis longtemps d'ailleurs, essayait de présenter le recours pour excès de pouvoir comme reposant sur la violation du droit subjectif des administrés. Elle ne peut rien changer à ce que nous avançons. Car on retombe simplement dans le deuxième cas envisagé.

tes ont été portées récemment à ces deux principes ⁽¹⁶⁾. Elles doivent être considérées comme des exceptions passagères. Violer une situation subjective c'est donc violer une des règles les plus importantes du droit, la règle qui dit que les situations subjectives doivent être respectées. Sous une autre forme, violer une situation subjective, c'est violer la situation objective d'individu juridiquement protégé quant aux situations subjectives.

3° Duguit parle enfin des hypothèses où une question est posée au juge sur *l'existence* d'une situation subjective. C'est dans ce cas qu'il paraît avoir oublié qu'il ne pouvait être question que de violation de la loi ⁽¹⁷⁾. Cela est pourtant évident. Prenons l'exemple classique d'un débiteur récalcitrant traîné en justice par son créancier. Selon Duguit, qui répète en cela la thèse unanimement admise, le juge devra dire si la situation subjective de créancier et de débiteur *existe*. Cela est vrai, mais est incomplet. Car le juge ne ferait que trancher une question de droit concrète, que dire si, grâce aux moyens de preuves, le fait du contrat doit être considéré comme existant ou non à l'égard de la justice. L'acte juridictionnel a pour objet, non pas la réponse à une question concrète, mais la réponse à *une question principale*. Le juge réunira plusieurs questions concrètes (les moyens de preuve sont multiples), et il en déduira que le contrat a eu lieu. Il y joindra la résistance du débiteur, et il conclura : la situation subjective de créancier a été violée. Or une violation de situation subjective est violation de la loi. Prendre pour objet de l'acte juridictionnel la constatation de l'existence d'une situation

(16) Voir lois et jurisprudence sur les loyers.

(17) Voir Duguit, *Traité*, 3^e éd., II, p. 488.

subjective, c'est ne pas apercevoir la question de violation de la règle qui se dissimule derrière elle.

Duguit ne parle pas du cas où la question est posée de savoir si une situation objective s'applique ou non à un individu. Mais, dans ce cas, rien n'est changé : que quelqu'un vienne dire qu'un individu bénéficie à tort d'une situation objective ou qu'un autre individu vienne se plaindre d'être, injustement, le sujet d'une situation objective qui lui nuit, il est évident que le problème reste toujours le suivant : la loi a-t-elle été bien appliquée ou non ? Nous ajoutons que tout cela est vrai des actes-règles privés comme des actes-règles publics. Si nous prenons le cas d'une société, nous savons qu'elle est régie par un acte-règle, l'acte de société. Qu'un associé, en cas de faillite, vienne dire qu'il ne fait plus partie de cette société et que son apport ne doit pas tomber dans la masse, que ses coassociés protestent, et nous serons amenés à nous demander : la situation objective d'associé s'applique-t-elle ou non à cet individu ? Au point de vue juridictionnel, cela se traduit ainsi : L'associé récalcitrant viole-t-il ou ne viole-t-il pas la règle définie par l'acte de société ?

M. le professeur Jèze a donné dans la *Revue de droit public* (1909, p. 677) un article sur la classification des recours contentieux. Cette classification est très proche de celle de Duguit, mais moins synthétique. Nous allons l'examiner aussi en donnant la preuve que, dans chaque hypothèse envisagée, on peut toujours revenir à la même idée.

Première série d'hypothèses. — C'est le cas de l'existence de la situation subjective, sur lequel nous ne revenons pas. Nous signalons que M. Jèze parle de droits subjectifs, mot que Duguit veut bannir du langage juridique.

Deuxième série d'hypothèses. — « Le juge peut être ap-

pelé : 1° à constater des faits; 2° à créer une obligation subjective... La loi décide que lorsqu'un individu se trouvera dans telle situation de fait, le juge pourra créer à sa charge l'obligation subjective d'accomplir telle prestation pécuniaire. Par exemple les lois sur les contraventions décident que lorsque tel fait se sera produit, le tribunal pourra créer à la charge de l'auteur l'obligation subjective de payer une certaine somme d'argent (amende). »

Il est difficile de trouver un cas où la loi ait été plus explicitement violée.

Troisième série d'hypothèses. — « Le juge peut être appelé : 1° à constater des faits; 2° à manifester sa volonté qu'un certain *status* légal s'applique à un ou plusieurs individus...

» Nombreuses, en droit français, sont les hypothèses où il en est ainsi. Ce sont par exemple tous les cas dans lesquels le juge prononce des peines non pécuniaires, des déchéances; en droit privé dans les jugements de divorce, de séparation de corps, de faillite, etc. Le juge constate ainsi des faits, manifeste sa volonté qu'un certain *status* légal s'applique à des individus. »

Il est à peine besoin d'ajouter que quand le juge prononce le divorce ou la séparation de corps, c'est qu'il estime que l'un des époux a violé la loi du mariage. Nous mettons à part, toutefois, le divorce pour cause péremptoire dont nous aurons l'occasion de montrer qu'il est un acte purement administratif. Quant au jugement de faillite, il signifie cessation des paiements, ce qui est violation de la situation de débiteur.

On rapproche d'ordinaire des problèmes du divorce et de la séparation de corps celui de la séparation de biens. Cependant il n'est voisin des deux premiers qu'en appa-

rence. En effet, les jugements de divorce et de séparation de corps sont le plus souvent des actes juridictionnels. Il n'en est jamais ainsi pour le jugement de séparation de biens. Ce dernier n'a d'autre rôle que de sauvegarder les biens de la femme quand le mauvais état des affaires du mari fait craindre qu'ils ne soient en péril. En retirant l'administration de ces biens au mari, le juge fait un acte analogue au jugement de tutelle, curatelle, dation de conseil judiciaire. Il fait un acte de juridiction gracieuse.

Quatrième série d'hypothèses. — « Le juge peut être appelé : 1° à constater l'existence des faits auxquels la loi subordonne pour un individu la possession d'un certain *status* légal, et 2° à proclamer ce *status* légal... Ainsi le juge de paix ou la Cour de cassation appelés à statuer en matière de listes électorales, le conseil de préfecture, le Conseil d'Etat, ou la cour d'appel appelés à statuer en matière d'élection au conseil municipal, au conseil général, ou au tribunal de commerce ont à constater des faits auxquels est subordonné un *status* légal... »

Dans les exemples cités, on trouve aisément la question de légalité qui fait le fond du débat. C'est dans cette série d'hypothèses qu'il faut classer, croyons-nous, les questions d'état des personnes. Le juge y a pour rôle de proclamer un *status* qui dépend d'un certain nombre de conditions prévues par la loi. Or, dans un procès de question d'état, on trouve toujours une partie qui prétend que les conditions prévues par la loi comme devant provoquer la naissance d'un certain *status* sont réalisées, et que ce *status* n'est pas reconnu par certaines personnes. Ceci revient à vouloir faire constater une violation de la loi. Le même raisonnement vaut pour tous les exemples choisis par M. Jèze.

Cinquième série d'hypothèses. — « Enfin, la mission

essentielle du juge peut être de constater comme vérité légale la légalité d'une décision... »

Tout commentaire est ici superflu, le mot de légalité ayant été prononcé.

Nous signalons que M. Jèze fait porter la classification des recours à la fois sur la constatation et sur la décision qui la suit. Nous savons déjà que la décision consécutive, bien que rendue par le même agent que la constatation, doit être exclue de l'activité juridictionnelle. Il est vrai, nous aurons à le dire plus tard, que M. Jèze a lui-même enseigné qu'il fallait séparer ces deux opérations. Nous croyons aussi que dans sa dernière édition des *Principes du droit administratif*, il a quelque peu modifié sa classification des recours contentieux en accusant la distinction de l'acte juridictionnel et de la décision consécutive⁽¹⁸⁾.

Ne parlant que de la constatation, nous dirons que l'erreur de M. Jèze est d'avoir pris pour objet de cette constatation ce qui n'était en réalité que la réponse à *l'une des questions de droit concrètes que le juge doit résoudre pour se représenter le procès*. La pensée de notre auteur ne peut être mise en doute : « L'essence de l'acte juridictionnel est une constatation de situations juridiques ou de faits. »⁽¹⁹⁾. Si l'on reprend, par exemple, l'hypothèse du débiteur contractuel récalcitrant, M. Jèze verra dans le fait du contrat l'objet de l'acte juridictionnel. Voilà l'erreur. Il n'y a pas là objet d'acte juridictionnel : pas plus qu'il n'y a objet d'acte juridictionnel dans la constatation du fait que le débiteur se refuse à payer. L'une et l'autre de ces deux circonstances sont des éléments du procès, et rien que des éléments. Ce n'est pas parce qu'il y a con-

(18) Voir *Principes*, 3^e éd., t. I, p. 36 et suiv.

(19) *Principes*, 3^e éd., t. I, p. 48.

trat qu'il y a procès. Ce n'est pas davantage parce qu'il y a refus de paiement. C'est parce qu'il y a *contrat et refus de paiement*, ce qui constitue une violation de la règle de droit. Car les situations subjectives doivent être respectées. Constaté cette violation est l'objet de l'acte juridictionnel.

Il nous semble que nous avons atteint le but recherché. Dans le cadre de l'activité des agents de l'Etat, nous avons vu que le seul moyen de sortir de la fonction de pure exécution était de concevoir des actes qui eussent pour rôle de juger la légalité de cette exécution. L'étude de l'activité des individus privés nous a donné le même résultat. Cette activité est, elle aussi, une exécution. Une fonction de contrôle est donc nécessaire. Logiquement parlant, cette fonction de contrôle nous amène, par sa nature même, à conclure qu'elle ne sera jamais mise en action que pour apprécier la légalité d'une exécution de la règle.

Ceci établi, nous avons pris les classifications des contentieux présentées par deux éminents juristes. Elles nous ont permis de montrer que, derrière toutes les hypothèses, on trouve toujours la même idée : celle de la violation de la loi.

Au moment de clore l'un de ses chapitres sur « l'étude de la procédure » et méditant sur les très grandes difficultés que révèle l'analyse de l'acte juridictionnel, M. Vizioz écrit : « ...L'exposé qui précède n'autorise-t-il pas à conclure que c'est ici la fonction qui appelle l'acte et non l'acte qui appelle la fonction ? Ce n'est point de l'existence de l'acte juridictionnel ayant une nature spécifique, qu'on peut induire l'existence d'une fonction juridictionnelle distincte, mais c'est parce qu'une fonction juridictionnelle s'impose à l'Etat, fonction qui consiste à trancher des prétentions, qu'il existe des actes présentant un

caractère propre, adapté à l'objet de cette fonction : *la nature même de l'acte juridictionnel est donc d'ordre fonctionnel*. Autant dire que les fonctions de l'Etat, tout au moins la fonction juridictionnelle, doivent être caractérisées et différenciées d'après leur objet, qu'elles ne peuvent pas l'être exclusivement d'après la nature interne, le contenu des actes par lesquels elles se traduisent. » (19 bis). Nous croyons que ces lignes sont l'expression d'une grande vérité : trop de systématisation finit par nuire. Il est un peu vain de vouloir établir des catégories rigides soit dans les actes juridiques, soit dans les fonctions. Il est encore plus vain de vouloir que les catégories d'actes correspondent mathématiquement aux diverses fonctions. Mais M. Vizioz laisse deviner une autre idée : il n'est pas évident, *a priori*, que toutes les fonctions doivent être étudiées et définies suivant des règles uniformes, ni que leurs contenus doivent avoir des natures semblables, bien que variées. Détachons la phrase : « Autant dire que les fonctions de l'Etat, *tout au moins la fonction juridictionnelle*, doivent être caractérisées... » M. Vizioz a donc tendance à placer à part la fonction juridictionnelle. Il a, nous semble-t-il, raison. *Car s'il est de l'essence des fonctions législative et administrative de se révéler surtout à coups d'actes juridiques, nous verrons plus loin que la fonction juridictionnelle a pour tâche de n'en faire aucun.*

D'autre part, ces lignes de M. Vizioz contiennent, à notre gré, et du point de vue de l'acte juridictionnel, une nuance d'exagération. Les fonctions de l'Etat, dit-il, ne peuvent être exclusivement caractérisées par la nature interne et le contenu des actes par lesquels elles se traduisent. Or il semble que, du rôle de la fonction juridiction-

(19 bis) Vizioz, *Notions fondamentales de la procédure*, p. 53.

nelle, on puisse induire, et en totalité, la nature de l'acte et son contenu. *Cette fonction n'est à même de faire que des actes qui aient pour rôle de trancher une question de violation de la loi.* Cette idée, à laquelle nous tenons plus qu'à n'importe quelle autre, n'est pas conciliable avec la généralité des termes employés par M. Vizioz.

Tel est donc le critère de l'acte juridictionnel : il y a acte juridictionnel quand une question est posée sur la violation de la loi. Ce critère étant lié à la nature interne de l'acte *est évidemment un critère matériel.* Nous en ferons application bientôt à l'activité judiciaire en matière contentieuse. Il nous montrera que des actes, toujours considérés comme actes juridictionnels, ne le sont point. Nous l'appliquerons ensuite, ce sera l'objet du titre III, à l'activité administrative. Il nous montrera que des actes, toujours considérés comme actes administratifs, sont des actes juridictionnels au sens matériel. Il nous sera toutefois impossible de leur attribuer cette qualité juridictionnelle. Ainsi apparaîtront l'insuffisance du critère matériel et la nécessité de lui adjoindre un autre critère, formel celui-ci.

En résumé, l'acte juridictionnel est lié à l'idée de violation de la règle. Il ne peut être qu'une constatation de cette violation. Et si nous voulons réunir, pour conclure, tous nos arguments, nous dirons :

Si l'acte juridictionnel n'est pas considéré comme inséparable de l'idée de violation de la loi, il disparaît dans la masse des actes d'exécution. Il n'y a plus d'acte juridictionnel. Or, la règle postulant une exécution, postule en même temps l'existence d'actes qui jugent la légalité de cette exécution. L'acte juridictionnel est donc nécessaire, et il ne peut être que constatation de la violation de la loi.

§ 2. — L'acte juridictionnel peut constater une violation de la règle passée, présente ou future.

Nous disions à la fin de la section I que, si nous pouvions obtenir, à titre de conclusion, que l'acte juridictionnel soit une réponse à une question de violation de la règle, *rien ne nous permettait, a priori, d'affirmer que cette violation dût être passée*. La généralité de notre critère nous autorise au contraire à penser que l'acte juridictionnel peut avoir pour rôle de constater une violation présente et aussi future.

Il est certain, toutefois, que, dans l'immense majorité des cas, il s'agira d'une violation passée ou présente. Le contentieux de la répression, celui de la réparation, posent des questions relatives à des violations passées. Mais celui de la réparation peut viser aussi une violation durant encore; le plaignant peut invoquer un état de fait permanent qui porte atteinte à la règle de droit. De même, les questions d'état des personnes reposent toujours sur une violation permanente, durant encore au moment du procès.

L'hypothèse vraiment intéressante et délicate est celle d'une violation future. Un individu peut-il, à l'avance, venir demander à la justice de dire que tel acte, telle attitude sera une violation de la loi ? Rien, en principe, ne s'y oppose. La fonction juridictionnelle ayant pour rôle de trancher des questions de légalité peut très bien s'intéresser à des hypothèses où le conflit n'est pas encore né. Reconnaissons néanmoins qu'on ne saurait accepter sans réserve cette conclusion, sous peine d'ouvrir la porte à de graves abus.

La crainte de ces abus inspire la jurisprudence française qui, peut-être avec raison, se refuse à laisser transformer

les tribunaux en organes de consultation juridique. Un récent jugement du tribunal de la Seine est symptomatique. « Les tribunaux étant institués pour trancher des différends et non pour donner des consultations, un propriétaire est irrecevable à demander à un tribunal de fixer la durée d'une prorogation à laquelle peut avoir droit son locataire, alors qu'aucun différend n'existe entre eux et qu'ils sont d'accord pour reconnaître que le locataire a droit à la prorogation commerciale. »⁽²⁰⁾. Supposons un instant que le locataire reste dans les locaux pendant un temps supérieur à celui que la loi prévoit : il y aura violation de la loi. Cette violation que les parties entendaient, d'un commun accord, éviter, pouvait fort bien, en théorie, être déclarée à l'avance par le tribunal. Ce dernier en a décidé autrement.

Nous avons cru, pendant un moment, que notre droit français contenait un exemple de constatation par jugement d'une violation future. Nous pensions le trouver dans la dénonciation de nouvelle œuvre. « L'action à laquelle on donne le nom de dénonciation de nouvelle œuvre est établie en vue d'une situation... celle du possesseur d'un fonds dont le voisin commence des travaux susceptibles de causer *plus tard* une atteinte à sa possession; le possesseur peut demander que les travaux soient arrêtés avant que le trouble à sa possession soit consommé. »⁽²¹⁾.

En réalité, il s'agit ici d'une violation présente. C'est violer actuellement la règle que de prétendre commencer des ouvrages qui, plus tard, porteront atteinte à la possession d'autrui. Le dommage est futur, mais la violation est présente. La preuve en est qu'une décision consécutive

(20) Tribunal de la Seine, 3 déc. 1924, D. H., 1925, p. 152.

(21) Glasson et Tissier, I, p. 516.

vient réparer cette violation. Elle crée une situation objective d'individu contraint d'arrêter les travaux susceptibles de devenir troubles de possession.

Et ceci nous amène à constater que le propre des actes juridictionnels constatant une violation future est de ne pas donner immédiatement naissance à une condamnation. La chose apparaît très nette dans les jugements « *di mero accertamento* ». Le droit italien connaît, en effet, une procédure dont l'objet exclusif est d'aboutir à un jugement qui « *dise le droit* ». Aucune condamnation n'est recherchée. On veut seulement savoir de façon précise ce que commande la loi, quelles situations juridiques existent. Dire quelles situations existent ne constitue que des solutions de questions abstraites et concrètes. Mais, comme il y a débat, le juge répond implicitement sur la violation ou la non-violation de la règle par l'une des parties. Sa réponse signifie que celle des parties dont la prétention n'est pas conforme au droit tel qu'il le « *dit* », commettra une violation de la règle en n'observant pas la solution indiquée. C'est pourquoi l'acte du juge est juridictionnel, mais relativement à une violation future ⁽²²⁾. Il faut, toutefois, indiquer que, pour obtenir un acte juridictionnel de ce genre, on doit pouvoir invoquer un intérêt juridique à la constatation immédiate de la violation de la règle.

(22) Voir Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, 3^e éd., p. 163 et suiv.. On y verra combien la conception italienne est large, combien elle se rapproche de cette consultation juridique dont notre droit ne veut pas. M. Chiovenda parle du « *besoin de certitude du droit* » (p. 168). « *Le dommage peut découler de l'incertitude du droit.* » (p. 170). Le juge italien peut être, selon cet auteur, appelé à dire si un fonds donné est compris dans tel ensemble de biens, à *dire quelle est la durée d'un loyer* (p. 178). Cela est à rapprocher du jugement du tribunal de la Seine rappelé plus haut. Dans toutes ces hypothèses, la solution de questions abstraites ou concrètes masque le fond du problème, qui est de dire si telle attitude d'une partie sera un jour violation du droit.

Aucune violation de la règle n'étant encore commise, aucune condamnation n'est prononcée. Si, plus tard, la solution du juge est méconnue, la partie victorieuse pourra reprendre l'action où elle en est restée, c'est-à-dire après la solution juridictionnelle, et, sur la base de cette solution, qui a l'autorité de la chose jugée, obtenir une condamnation.

On trouve consigné, dans le § 256 du Code de procédure civile allemand, le droit qu'a tout individu, pourvu qu'il justifie d'un intérêt immédiat, de faire constater qu'il y aura violation de la loi si telle personne prend telle attitude ou ne fait pas tel acte déterminé : « Toute personne peut agir en justice pour faire déclarer l'existence ou la non-existence d'un rapport juridique... toutes les fois qu'elle a un intérêt juridique à faire établir immédiatement par décision judiciaire (l'existence ou la non-existence de) ce rapport juridique... » (23). Et le code autrichien contient un article identique.

(23) Nous croyons utile de citer le § 256 ZPO en entier : « Toute personne peut agir en justice pour faire déclarer l'existence ou la non-existence d'un rapport juridique, pour faire établir la sincérité ou la fausseté d'un écrit, toutes les fois qu'elle a un intérêt juridique à faire établir immédiatement par décision judiciaire (l'existence ou la non-existence de) ce rapport juridique ou la sincérité ou la fausseté de l'écrit. » Le législateur allemand a cru pouvoir réunir deux choses, séparées au texte par la substitution de points de suspension aux mots qui ont trait à la seconde, la constatation de l'existence d'un rapport juridique et la constatation de la sincérité d'un écrit. Sans doute, il s'agit dans les deux cas de solutions concrètes. Mais on doit remarquer que, entre la constatation de la sincérité d'un écrit et la constatation de l'existence d'un rapport juridique, il y a la même différence qu'entre la constatation de l'efficacité d'un moyen de preuve et la constatation du fait que ce moyen de preuve permet d'établir. Les deux problèmes, bien que très proches, sont nettement distincts. Et ils le sont assez pour que l'un se transforme promptement en un problème de nature juridictionnelle sans qu'il en soit de même pour l'autre.

Venir faire déclarer par justice que telle situation de droit existe n'est autre chose que faire résoudre une question concrète, laquelle dissimule

Cette conception de la fonction juridictionnelle est largement utilisée dans le droit anglo-saxon ⁽²⁴⁾. M. Maynard montre que de nombreux procès naissent sur des litiges encore inexistants, voire même simulés, qui n'ont d'autre but que d'amener le juge à dire le droit. On peut arriver à faire produire à ces procédures des effets considérables que notre mentalité juridique n'admet pas. Nous les étudierons avec l'autorité de la chose jugée.

une question principale sur une violation future de la règle, donc un acte juridictionnel. Il y aura violation de la règle si l'adversaire ne respecte pas la situation constatée ou continue d'en nier l'existence. Au contraire, quand on vient demander à justice de constater la sincérité d'un écrit, pendant que l'adversaire en affirme la fausseté, on ne sollicite pas du juge de constater une violation de la loi. On se contente de lui demander de vouloir bien donner à l'acte un caractère indiscutable, grâce auquel on pourra en tirer profit, par exemple dans une instance postérieure, mais peut être aussi de toute autre manière. On ne s'intéresse ici qu'à la valeur d'un moyen de preuve, valeur que la procédure de vérification d'écritures, en droit français comme en droit allemand, a pour mission de constater (art. 493 et suiv. C. pr. civ.).

La procédure de vérification d'écritures n'ayant pas pour mission de conduire à un acte juridictionnel, elle ne peut conduire davantage à une décision consécutive. (Amené, pour éviter une redite, à insister un peu sur la décision consécutive, dont nous n'avons encore parlé que de façon très brève, nous demandons qu'on veuille bien se reporter au chap. III, du titre II, qui lui est consacré). On n'a eu à constater, en effet, aucune violation de la loi : on ne peut donc en réparer aucune. Aussi ne faut-il pas se méprendre sur le sens de l'article 213 de notre Code de procédure. Il dit que sera prononcée une amende, sans préjudice de dommages et intérêts. L'explication est la suivante. La procédure de vérification d'écritures ne tend qu'à faire constater la valeur d'un moyen de preuve, et c'est pourquoi elle ne possède aucun caractère juridictionnel. Mais renier sa signature, repousser son écrit, est la violation d'une loi morale que notre droit pénal fait sienne, et c'est pourquoi l'article 213 prononce une peine d'amende au profit du domaine. D'autre part, l'action en vérification d'écritures aura été pour le demandeur la source de menus dommages, d'ennuis, ce qui est violation de la règle qui commande de lui garder le respect sous toutes les formes. Cette violation est constatée par un acte juridictionnel et une décision consécutive la répare.

En résumé, il faut distinguer l'acte de vérification d'écritures et de l'acte juridictionnel qui constate (ou non) la violation du rapport de droit dont l'écrit permet de prouver l'existence, et de l'acte juridictionnel constatant la violation de la règle qui prescrit de faire honneur à sa signature.

(24) Maynard, *Le jugement déclaratoire*. Thèse Lyon, 1922.

CONCLUSION DU CHAPITRE III

CE QU'EST EXACTEMENT L'ACTE JURIDICTIONNEL

Résumons en quelques lignes tout ce que nous avons dit sur l'acte juridictionnel.

Tout acte d'un agent compétent est un *acte d'exécution*. Le processus de cet acte ne peut varier. Il est le suivant :

Partant de la règle, sans laquelle il ne peut y avoir d'activité juridique, nous trouvons :

- 1° Les questions abstraites relatives aux preuves;
- 2° Les questions concrètes qui permettent d'établir l'existence des faits au regard du droit;
- 3° La question principale, confrontation d'un ensemble de faits et de la règle. Une réponse positive ou négative lui est donnée;
- 4° Sur la base de cette réponse un acte juridique est fait. Il a pour rôle de la traduire dans l'ordonnement juridique.

Tous les actes des agents suivent ce processus.

La *volonté* de produire une modification dans l'ordonnement juridique n'apparaît qu'au quatrième stade. Dans les résolutions des questions abstraites, concrètes, principales, nous ne trouvons que l'œuvre de l'*intelligence*.

Y a-t-il un acte juridictionnel de nature distincte ?

Oui, parce que la règle, postulant l'exécution, postule aussi la *vérification* de cette exécution. Cette vérification n'est qu'une variété d'exécution.

Que faut-il donc entendre par acte juridictionnel ?

C'est l'ensemble des premier, second et troisième stades de l'exécution, dans l'hypothèse où celle-ci est vérification.

Cet acte répond par l'affirmative ou la négative à la ques-

tion de violation de la règle. C'est un acte d'intelligence pure, constatation de violation.

L'ensemble des premier, second et troisième stades n'a pas reçu de nom dans l'hypothèse où l'exécution n'est qu'*exécution*, et non plus vérification. Là encore il y a réponse par oui ou par non : il y a lieu où il n'y a pas lieu d'exécuter la règle. C'est encore un acte d'intelligence pure, constatation du fait « il y a lieu d'exécuter ».

Dans l'un et l'autre cas, un acte fait suite qui traduit la réponse à la question principale dans l'ordonnement juridique.

S'il n'y a lieu qu'à exécution, l'agent fait un acte qui la réalise. C'est lui qu'on appelle acte législatif, acte administratif. Il peut être aussi matériel.

Si l'exécution est aussi vérification, l'agent fait un acte qui répare la violation constatée. Nous appellerons cet acte *décision consécutive à l'acte juridictionnel*.

Il nous semble que, faisant de l'idée de la violation de la règle le critère de l'acte juridictionnel, nous nous contentons de franchir la dernière étape d'une évolution depuis longtemps commencée.

A l'époque de la Révolution et du premier Empire, époque à laquelle fut rédigée la majorité des lois qui nous régissent encore, on ne concevait le contentieux que sous la forme du contentieux subjectif. Pour qu'il y ait procès, il fallait qu'une atteinte ait été portée à un droit subjectif. L'histoire du contentieux au XIX^e siècle se résume ainsi : une place étant faite à la notion du contentieux envisagé comme posant une *question de légalité*, cette place devient de plus en plus grande. Le recours pour excès de pouvoir illustre admirablement cette évolution. De vains efforts

furent faits pour lui donner comme objet la défense d'un droit subjectif. Il est devenu le type du recours objectif.

Notre conception de l'acte juridictionnel représente l'antithèse exacte de l'origine de cette évolution. L'acte juridictionnel peut constater des violations de situations subjectives, mais, selon nous, cette violation ne fait que dissimuler celle de la règle. L'acte juridictionnel a toujours pour rôle *de résoudre une question de légalité*.

En ceci nous trouvons, dans le domaine juridictionnel, la transposition de la modification survenue dans la pensée philosophique : substitution *intégrale* de la notion de droit objectif à la notion de droit subjectif.

TITRE II

ANALYSE DE L'ACTIVITÉ DU JUGE

Nous voulons commencer par écarter toutes les questions relatives à la juridiction gracieuse. Il est reconnu que les attributions du juge en cette matière ne sont pas d'ordre contentieux. « Les tribunaux sont chargés, en dehors de tout litige, de constater certains actes, de donner des autorisations, d'ordonner certaines mesures. Il ne s'agit plus de procès à juger ou à instruire. Il ne s'agit plus de juridiction contentieuse, mais de tutelle, de contrôle, de protection, de surveillance, en un mot d'administration. » (1). Cela nous suffit.

Il est vrai que d'assez grandes difficultés peuvent naître lorsqu'on cherche un critère précis de la juridiction gracieuse. Nous n'hésitons pas à nous rallier au critère classique que proposent MM. Glasson et Tissier. « En un mot il y a juridiction contentieuse s'il y a un litige à juger ou des mesures à prendre en vue d'un litige à juger, même si la loi autorise une partie à se présenter seule et à obtenir du juge des mesures sans appeler son adversaire. Il y a juridiction volontaire ou gracieuse dans les cas seulement où il s'agit de mesures à prendre en dehors de tout litige. »

(1) Glasson et Tissier, *Traité de procédure*, t. I, p. 29.

Les auteurs lient les notions de litige, de contentieux et, certainement, de *contestation*. Nous proposons de dire qu'il y a contentieux lorsque doit intervenir un acte juridictionnel. Toutes les fois que, dans une procédure, il y aura lieu de trancher une question de violation de la règle, nous aurons affaire à une procédure contentieuse. Dans les très nombreux actes que nécessitera cette procédure, il n'y en aura peut-être qu'un seul qui soit, à proprement parler, juridictionnel : cela suffit pour donner à la procédure entière le caractère contentieux. Toutes les fois qu'aucune question de violation de la règle ne sera posée dans le cours de la procédure, nous serons en matière gracieuse.

On sait qu'une procédure devant conduire à un acte juridictionnel se présente comme une somme de multiples actes variés : jugements préparatoires, interlocutoires, provisoires, arrêts de renvoi, arrêts de non-lieu. Faut-il y voir des actes juridictionnels ?

Nous répondrons en faisant application à ces actes de notre critère matériel. Il nous permettra de classer dans des catégories extra-juridictionnelles beaucoup d'actes faits par le juge en matière contentieuse.

CHAPITRE PREMIER

PROCEDURES PREALABLES ET PHASES DU PROCES QUI PRECEDENT L'ACTE JURIDICTIONNEL

SECTION PREMIERE

L'INSTRUCTION

Nous étudierons la question en matière pénale et en matière civile. Très simple en matière pénale, le problème va se révéler délicat en matière civile.

§ 1. — L'instruction du procès en matière pénale.

Nous désirons montrer que les décisions des juridictions d'instruction ne peuvent être des actes juridictionnels. Tous les actes du juge d'instruction, arrêt de non-lieu, renvoi devant le tribunal de simple police, devant le tribunal correctionnel, devant la chambre des mises en accusation sont des actes administratifs. Ils sont, d'abord, des actes de la fonction d'exécution. Car le juge d'instruction, n'ayant pas à trancher la question de culpabilité, ne donne pas la solution du problème de violation de la règle. Il observe seulement si les *conditions* prévues par la loi pour qu'il fasse un acte déterminé sont réunies. C'est le propre de l'acte

d'exécution. Supposons que le fait poursuivi ne soit pas prévu par la loi pénale. Le juge d'instruction constate et relâche. Il a tranché une question de droit, mais pas la question de violation de la loi. Il a tranché la question de savoir si la loi avait prévu l'acte incriminé. Constatant qu'elle ne l'a pas prévu, il s'aperçoit que l'une des conditions nécessaires pour qu'il puisse renvoyer devant une juridiction fait défaut. Plaçons-nous, maintenant, dans l'hypothèse contraire. Le juge d'instruction estime que sont remplies les conditions nécessaires pour qu'il puisse renvoyer devant le tribunal compétent. Aucune question de violation de la règle n'a été tranchée. Le problème de la culpabilité reste intact; le juge a simplement constaté que les conditions requises par la loi étaient réunies, et il a conclu que cette loi devait être exécutée, c'est-à-dire qu'il devait faire un acte de renvoi. Si, par exemple, un individu a tué en état de légitime défense, il colligera impartialement toutes les preuves du meurtre et de la légitime défense, il constatera que les conditions prévues par la loi pour renvoyer devant la chambre des mises en accusation sont satisfaites, et il fera cet acte de renvoi. La chambre des mises en accusation opérera de la même façon, fera un autre acte de renvoi, et ce sera, en définitive, la cour d'assises qui, seule, tranchera la question de culpabilité, ce qui signifie de violation de la loi.

On voit donc que, dans toute cette procédure, il n'y a, jusqu'à l'arrêt de la cour d'assises, aucun acte juridictionnel. Il n'y a que des actes de la fonction d'exécution. Ce sont, au premier chef, des *actes-conditions*; il est clair que chacun d'eux fait naître sur la tête d'individus déterminés des situations objectives : situation d'inculpé, situation de juge compétent et régulièrement saisi.

§ 2. — L'instruction du procès en matière civile.

L'instruction du procès civil, en droit français tout au moins, n'est pas dirigée par le juge. Celui-ci, toutefois, est souvent amené à faire de nombreux actes préparatoires à l'acte juridictionnel. Ces actes, de nature très variée, portent génériquement le nom de jugements avant dire droit ou avant faire droit.

Les décisions avant faire droit se divisent, selon la terminologie classique, en jugements provisoires, interlocutoires, préparatoires et définitifs avant-dire-droit.

I. — JUGEMENTS INTERLOCUTOIRES ET PRÉPARATOIRES.

Ces deux catégories de jugement doivent être étudiées ensemble. Les uns et les autres ont pour rôle d'ordonner des mesures d'instruction. Les jugements dits interlocutoires se caractérisent seulement par le fait « qu'ils préjugent du fond ». Ce mot de préjuger nous paraît malheureux. Par le jugement interlocutoire, le magistrat laisse seulement entendre qu'il a pressenti, presque deviné, comment se présenterait l'affaire, et il oriente l'instruction pour voir si, poussée plus avant, elle viendra confirmer cette impression première.

De tels actes judiciaires ne satisfont pas aux exigences du critère matériel. La question de droit relative à la violation de la règle, question de droit sans laquelle il n'y a pas d'acte juridictionnel, ne peut y être découverte en aucune part. Le juge ne désire, pour l'instant, que réunir les éléments grâce auxquels on pourra constituer cette question de droit.

II. — JUGEMENTS PROVISOIRES.

MM. Garsonnet et César-Bru, au tome III, n° 622, de leur *Traité de procédure civile et commerciale*, définissent les jugements provisoires comme statuant sur les demandes provisoires. Au n° 561, nous trouvons que les demandes provisoires « tendent à faire ordonner d'urgence, au cours d'un procès, des mesures qu'il y aurait péril à retarder : allocation d'une provision alimentaire, établissement d'un séquestre, dépôt d'une somme d'argent à la Caisse des dépôts et consignations, etc. » Ce sont là, nous semble-t-il, des actes d'administration qu'on ne saurait distinguer, s'il ne fallait faire la réserve qu'on est en matière processuelle, des actes de juridiction gracieuse. On a coutume de faire remarquer, à leur sujet, qu'ils diffèrent des autres jugements avant dire droit en ce « qu'ils contiennent souvent une condamnation ». On saisit là tout ce que les termes communément employés ont de confus. Il n'y a pas de solution donnée à une question de violation de la loi, donc pas d'acte juridictionnel, pas de décision consécutive, pas de condamnation qui répare cette violation. Ce ne sont qu'actes subjectifs ou actes-conditions.

III. — JUGEMENTS DÉFINITIFS AVANT FAIRE DROIT.

Cette troisième catégorie de jugements est un peu plus délicate à étudier. MM. Garsonnet et César-Bru s'expriment, à leur propos, de la façon suivante : « Dès qu'un jugement avant faire droit ne se borne pas à préjuger, dès qu'il juge, il n'est plus ni préparatoire ni interlocutoire, il est définitif... Tels sont les jugements qui statuent sur une fin de non-recevoir ou sur une exception, et particulièrement, sur l'incompétence, la litispendance ou la con-

nexité, renvoient devant un autre tribunal pour parenté, alliance ou autre cause, statuent en matière d'enquête sur le reproche élevé contre un témoin. Il se peut, même, qu'un jugement soit, à la fois, préparatoire ou interlocutoire et définitif, d'où cette double conséquence : qu'il ne lie le juge que sur un seul point; que l'appel et le pourvoi en cassation ne sont ouverts immédiatement que sur ce point à la partie qui a négligé de les contredire. Le jugement qui porte, en matière de revendication, que les titres produits par le demandeur n'ont pas la force probante, mais qu'il sera admis à prouver par témoins les faits de possession qu'il allègue, est définitif sur le premier chef et interlocutoire sur le second. Le jugement qui déclare les droits contestés susceptibles de prescription trentenaire, et ordonne l'enquête à l'effet de prouver qu'ils ont été possédés pendant trente ans, est définitif sur la question de savoir si ces droits sont prescriptibles, et interlocutoires sur le point de savoir s'ils ont été possédés assez longtemps pour être prescrits. » (1).

Mettons à part tout ce qui a trait à la compétence, la recevabilité, la litispendance, la connexité et les jugements de renvoi. Tous ces actes du juge seront étudiés à part.

Examinons au contraire les deux hypothèses précises prévues par MM. Garsonnet et César-Bru. Elles n'entrent dans aucune des catégories précédentes. Les deux sont relatives à *des questions d'enquêtes et de preuves*. Et si l'on n'a pas oublié quel rôle nous faisons jouer aux questions de droit en matière de preuves, on a déjà deviné où nous voulons en venir.

1^{re} hypothèse. — Un jugement est définitif avant dire

(1) Voir Garsonnet et César-Bru, 3^e éd., t. III, n° 622.

droit quand, par exemple, il déclare que les titres produits par le demandeur n'ont pas force probante. Il s'agit là d'une question de droit concrète. Le plaideur a offert des moyens de preuve : le juge les rejette. Ce faisant, il répond à la question suivante : ces titres ont-ils une valeur à l'égard du droit ? Question concrète, dont la solution permettra de poser une nouvelle question concrète : les faits allégués sont-ils établis à l'égard du droit ?

2^e hypothèse. — Le jugement qui déclare les droits contestés susceptibles de prescription trentenaire, et ordonne l'enquête à l'effet de prouver qu'ils ont été possédés pendant trente ans, est définitif sur la question de savoir s'ils sont prescriptibles. Il s'agit ici d'une question de droit abstraite. La loi a-t-elle prévu que tel droit serait prescriptible ? Ce droit serait le même pour Pierre, Paul ou Jacques. Donc, question abstraite.

Dans les deux hypothèses précédentes, le juge n'a pas eu l'occasion de donner de réponse à une question principale. Il n'a donc pas fait d'acte juridictionnel. Mais, ayant tranché des questions abstraites et concrètes, il aura déjà réalisé une partie des éléments qui lui serviront pour construire la question de droit principale.

IV. — JUGEMENTS SUR LA LITISPENDANCE ET LA CONNEXITÉ. JUGEMENTS DE RENVOI.

Tous ces jugements vont nous apparaître comme de simples actes d'administration.

a) *Jugements sur la litispendance.* — La bonne administration de la justice demande qu'une affaire ne soit pas, en même temps, pendante devant deux juridictions. Les risques de contradiction seraient grands et les contradictions sont inadmissibles. L'exception de litispendance est

là pour les éviter. La procédure de règlement de juge est prévue pour assurer, sur ce point, le bon fonctionnement de la justice.

Il serait vain de rechercher ici l'application du critère matériel de l'acte juridictionnel. La règle n'a pas été violée. La loi a prévu que, un premier tribunal étant saisi, un second tribunal ne devait pas être saisi de la même affaire, et ceci indépendamment des questions de compétence que nous étudierons plus loin (les deux tribunaux peuvent être concurremment compétents). La loi a prévu que, *dans certaines conditions* (comprendons : la condition de litispendance), le dessaisissement du second tribunal s'imposait. Le tribunal constate que ces conditions sont remplies : *il exécute la loi*. Il n'a eu à juger aucune question de légalité ⁽²⁾.

b) *Jugements sur la connexité*. — « La connexité a une grande analogie avec la litispendance. » ⁽³⁾. Deux affaires distinctes, mais liées par un étroit rapport, sont pendantes devant deux tribunaux différents. Joindre est la solution la meilleure : question de pure administration.

c) *Jugements de renvoi*. — Des cas de parenté ou d'alliance, des raisons de suspicion légitime, des nécessités de sûreté publique, telles sont les conditions prévues par la loi pour qu'une affaire, afin d'être sereinement jugée, soit renvoyée devant un tribunal autre que le tribunal normalement compétent. La juridiction désignée par la loi pour ordonner le renvoi constate que ces conditions sont remplies. Elle ordonne le renvoi; rien dans cette activité ne fait figure de juridictionnel ⁽⁴⁾.

(2) Garsonnet et César-Bru, 3^e éd., t. III, 2^e part., n^{os} 470 et suiv.

(3) Id., *Ibid.*, n^o 482.

(4) Id., *Ibid.*, n^{os} 484 et suiv.

SECTION II

LES ORDONNANCES DE RÉFÉRÉ

Les ordonnances de référé méritent une place à part. Les rédacteurs du Code de procédure civile ne leur ont consacré que six articles (art. 806 à 811), et MM. Garsonnet et César-Bru disent qu'ils « ne donnent aucune idée de l'intérêt théorique et pratique de cette matière »⁽⁵⁾. L'article 806 prévoit deux des hypothèses où la procédure de référé peut jouer : 1° toutes les fois qu'il y a urgence, 2° lorsqu'il s'agit de statuer sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire. A ces deux hypothèses, la loi est venue en ajouter beaucoup d'autres par des textes spéciaux.

Quelle est la nature de l'activité du juge qui procède à une ordonnance de référé ? Nous ne croyons pas qu'il soit possible de la considérer comme constante. Il semble que nos textes et, bien plus encore, notre pratique judiciaire aient pris plaisir à accumuler sous un titre unique des actes variés. La commodité de la procédure en porte la responsabilité. Dans de nombreux cas l'ordonnance de référé doit être rapprochée du jugement provisoire : par exemple, l'acte qui a pour rôle de trancher un conflit accessoire jusqu'à la solution du litige (résidence de la femme et garde des enfants en matière de divorce et de séparation de corps, autorisation de toucher entre les mains du tiers le surplus de la créance en matière de saisie-arrêt). D'autres fois, si l'on met à part le caractère d'acte processuel, elle ressemble à s'y méprendre à des actes de juridiction gracieuse : par exemple, les actes réglant des questions sur les-

(5) Garsonnet et César-Bru, 3^e éd., t. VIII, p. 369.

quelles les intéressés n'ont pu réaliser l'accord (nomination de notaire pour inventaire, contestations sur les conditions des funérailles). Par le moyen de l'ordonnance de référé, le président du tribunal civil joue un rôle pendant la préparation du procès (il va jusqu'à donner des autorisations : c'est le cas du mari qui veut, conformément à la loi du 13 juillet 1907, empêcher sa femme de passer des actes avec les tiers). Le président, toujours avec l'ordonnance de référé, joue un autre rôle après la fin du procès (il a de nombreux pouvoirs relatifs aux exécutions forcées, saisies, contraintes par corps...) Le législateur, enfin, lui a donné pendant la guerre un rôle extraordinaire et toujours accru.

Entre tous ces pouvoirs variés, dont nous n'avons pas eu l'ambition de donner un aperçu, même restreint, il n'y a qu'un lien : la nécessité d'obtenir une prompte décision. Aussi est-il superflu de chercher à construire une classification raisonnée des différents cas où peuvent intervenir des ordonnances de référé.

Il est certain que le président se livre à une activité d'ordre purement administratif lorsque son ordonnance se rapproche, par sa nature, des jugements provisoires et des actes de juridiction gracieuse. Mais nous désirons savoir s'il ne peut lui arriver de faire, dans les limites de sa compétence des référés, de véritables actes juridictionnels. Nous croyons que notre critère matériel peut trouver son application dans plusieurs des hypothèses énumérées par M. Garsonnet et César-Bru ⁽⁶⁾. Le président peut « prescrire les travaux nécessaires pour que le preneur puisse entrer en jouissance par la délivrance de la chose louée avec ses accessoires et en suffisant état de réparation : sauf, sur

(6) Garsonnet et César-Bru, t. VIII, p. 381.

ce point, le droit du juge d'ordonner une expertise. Le président est aussi compétent pour trancher les contestations relatives aux réparations en cours de bail, le locataire pouvant exiger l'exécution des réparations nécessaires à assurer sa jouissance, et pouvant, aussi, refuser de laisser exécuter celles qui ne seraient ni urgentes, ni utiles à la conservation de l'immeuble ⁽⁷⁾; le locataire pouvant, aussi, se faire autoriser à déménager si la jouissance des lieux loués, par suite de l'absence ou de la confection des travaux, est devenue impossible, ou encore par suite de ruine plus ou moins étendue de l'immeuble. Il peut l'autoriser à poser une enseigne indiquant la nature de son commerce... et ordonner soit la réintégration du preneur expulsé par voie de fait ⁽⁸⁾, soit l'expulsion de celui qui a reçu un congé irrégulier ⁽⁹⁾, dont le bail est résilié en vertu d'une clause de ce contrat ⁽¹⁰⁾, dont la jouissance cause du scandale ⁽¹¹⁾, ou qui ne garnit pas les lieux d'un mobilier suffisant pour garantir le paiement des loyers ⁽¹²⁾. Le juge peut certainement prononcer la résiliation si elle est prévue par une clause formelle du bail pour défaut de paiement du loyer et même, quoique ce point soit encore controversé, si le bail est muet... ».

Chacune de ces décisions du juge des référés repose sur une constatation de violation de la règle : violation de la loi du contrat par le bailleur qui ne met pas les locaux en état, violation du même contrat par le même bailleur qui ne fait pas les réparations nécessaires pour assurer la

(7) Req., 23 juin 1905, D. P., 05. 1. 336.

(8) Paris, 11 oct. 1843, D. Rép., V^o *Référé*, n^o 102.

(9) Cass., 4 janv. 1898, D. P., 99. 1. 164.

(10) Req., 27 avril 1904, D. P., 04. 1. 240.

(11) Toulouse, 20 nov. 1916, S., 1918-19. 2. 105.

(12) Req., 19 oct. 1908, D. P., 09. 1. 76.

jouissance, violation de la règle par le bailleur qui expulse le preneur par voie de fait, violation par le preneur qui refuse d'évacuer bien qu'il ait reçu un congé régulier, bien que, encore, en vertu d'une clause du contrat, son bail soit résilié : violation de la loi du contrat par le preneur qui transforme la maison en lieu de scandales, ou ne la garnit pas de meubles suffisants...

La doctrine a coutume de dire que l'ordonnance de référé intervient en matière contentieuse ⁽¹³⁾. Cette affirmation n'est point inexacte, puisque, nous le voyons, le juge a mainte occasion de constater une violation de la règle, de faire un acte juridictionnel au sens matériel. Mais cela n'est pas toujours vrai. La doctrine ajoute que l'ordonnance de référé n'a qu'une valeur provisoire et ne préjuge pas du fond du débat. Ceci, encore, n'est pas absolument exact. L'ordonnance n'a qu'une valeur provisoire parce qu'elle ne lie jamais le tribunal saisi. Mais elle touche fréquemment au fond du débat. Un locataire voit son bail arriver à expiration, ou bien une clause du contrat autorise le propriétaire à l'expulser : le président constate que le locataire se refuse à exécuter la loi du contrat et autorise l'expulsion. Le fond du débat est tranché. Le tribunal saisi par la suite à fin de réintégration ou de dommages et intérêts gardera-t-il liberté d'apprécier autrement l'affaire ? Oui. Mais ceci est une question de chose jugée que nous étudierons à sa place. Nous pouvons toutefois constater que l'acte juridictionnel fait par le tribunal portera sur la violation de la règle qui a déjà servi de base à l'ordonnance de référé. Le fond du débat n'a pas changé.

Nous concluons donc que, dans certains cas, l'ordon-

(13) Garsonnet et Césaire-Bru, t. VIII, p. 369-370.

nance de référé *peut* n'être rendue que si le juge a tranché une question de violation de la règle, que s'il a fait un acte juridictionnel (14).

SECTION III

LA COMPÉTENCE — LA RECEVABILITÉ

Nous arrivons à l'analyse d'actes du juge qui ont toujours ont été considérés comme des actes juridictionnels, et qui, pourtant, n'en présentent aucun des caractères. Il est bon de dire que la question paraissait tellement simple à résoudre qu'elle ne fut jamais posée. Notre critère ne nous permet pas de suivre une tradition, tacitement peut-être, mais unanimement approuvée.

Remarquons, pour commencer, qu'une question de compétence ou de recevabilité n'est pas toujours, dans tout procès, explicitement soulevée. Dans de très nombreux procès, le fond de l'affaire est entamé sans que personne ait prétendu ou que le tribunal était incompétent, ou que l'action était irrecevable. Mais les deux questions de compétence et de recevabilité sont toujours, au moins implicitement, posées et tranchées.

§ 1. — La compétence.

La loi a prévu et organisé différents tribunaux. A chacun d'eux correspondent des catégories d'affaires déterminées. Tout plaideur peut s'opposer à ce qu'une juridiction résolve un conflit pour la solution duquel elle n'est pas compétente. Il le fait au moyen d'une exception. L'exception est-elle soulevée, le tribunal en juge explicitement.

(14) Sur les ordonnances de référé, voir l'ouvrage de M. Mérignhac, *Ordonnances sur requêtes et référés*, 2^e éd.

Parfois même le tribunal a le droit de soulever d'office l'exception d'incompétence. La question est-elle passée sous silence, sans manifestation d'aucune des parties ni du tribunal, elle doit être considérée comme résolue tacitement.

Nous disons que le problème de la compétence n'est pas un problème d'ordre juridictionnel. En effet, il ne pose aucune question sur la violation de la règle. La réponse du juge ne peut donc satisfaire au critère matériel. La loi organise au profit des individus différentes voies de droit, afin de faire respecter les situations juridiques, objectives et subjectives, dans lesquelles ils sont placés. L'organisation de ces voies de droit est réglée avec précision. La compétence rentre dans cette organisation. Tout cela revient à dire que la loi a décidé qu'un tribunal, avant de procéder à un acte juridictionnel, doit vérifier si toutes *les conditions prévues par elle* pour l'exercice de cette activité sont observées. Notamment le tribunal doit se demander si la condition de compétence est remplie. Mais nous savons que résoudre une question de droit principale pour voir s'il y a lieu d'exécuter la loi ne constitue pas un acte juridictionnel, puisque celui-ci a uniquement pour rôle de constater une violation de la règle.

On nous objectera que les questions de compétence soulèvent des débats qui prennent tout à fait tournure de procès. Mais cela n'intéresse que le point de vue formel et nous nous en tenons, pour le moment, au point de vue matériel. Nous ajouterons, d'ailleurs, qu'un tel argument ne prouve rien. L'une des parties vient dire : « Les conditions prévues par la loi pour que le tribunal puisse faire cet acte juridictionnel sont telle et telle. Spécialement, la condition de compétence est réalisée. » « Non, répond l'autre partie, les conditions, dont la compétence, ne sont pas ce que mon

adversaire prétend. Voici comme on doit les entendre. » Et d'exposer son point de vue. Y a-t-il rien, dans tout cela, qui soit spécifiquement juridictionnel ? Un candidat à un poste de fonctionnaire peut prétendre satisfaire à toutes les conditions prévues pour la nomination, et l'administration ne pas consentir à le suivre dans sa conception des conditions requises. Il en est de même pour la compétence d'un tribunal.

Un raisonnement, simple et logique en apparence, erroné en réalité, peut nous être opposé. La loi, dira-t-on, a prévu des compétences soigneusement limitées : comment ne pas admettre que le fait de porter un procès devant un tribunal incompétent, ainsi que la prétention de faire juger ce procès par ce tribunal ne constituent pas une violation de la règle qui fixe la compétence ? Le tribunal, se déclarant incompétent, *constate cette violation de la règle de droit*, et fait ainsi un acte juridictionnel. Nous répondons que ce raisonnement est faux en ce qu'il masque le rôle du jugement de compétence. Quand un plaideur soulève l'exception devant un tribunal, il ne demande pas à ce tribunal de constater une violation de la règle avec l'intention, si cette violation existe, de la réparer. Il lui demande seulement *de ne pas procéder* à un certain acte (juridictionnel lui-même) vers lequel tend l'effort de son adversaire. Le rôle de la fonction juridictionnelle est d'assurer une exécution conforme à l'exécution que demande la règle, et ceci au moyen d'une constatation de violation (acte juridictionnel), qu'on fera suivre si besoin d'une réparation (décision consécutive). Au contraire, le rôle du jugement de compétence n'est que de faire dire par le juge si la procédure s'arrêtera ou non. Pour cela, il vérifie la réalisation des conditions exigées par la loi.

§ 2. — La recevabilité.

Nous pénétrons sur l'un des terrains les moins explorés qui soient dans la science du droit procédural. La théorie de la recevabilité pose de multiples problèmes. Aucun n'est vraiment étudié. Les termes « exception d'irrecevabilité » et « fin de non-recevoir » sont-ils absolument synonymes? Voilà un point sur lequel nous ne savons rien ⁽¹⁵⁾. Ce qu'on peut affirmer, c'est que l'on fait un véritable mélange des questions de recevabilité et des questions de fond.

Nous n'avons pas la prétention de traiter la question de la recevabilité des actions. Cela est en dehors de notre sujet. Nous regrettons de n'avoir pas une étude d'ensemble. Nous aurons à montrer plus tard *que l'autorité de la chose jugée pose un problème de recevabilité*. Notre étude sur les procédures de requête civile, revision, tierce opposition sera consacrée en grande partie à la question de la recevabilité. Nous aurions aimé nous sentir quelque peu guidé.

(15) La difficulté de la matière se traduit par l'absence complète de toute étude d'ensemble. Les traités de procédure civile en parlent, un peu rapidement, au chapitre des moyens de « défense ». Les répertoires les plus connus, tel le *Répertoire du droit français*, ne contiennent pas d'article sur la recevabilité. L'article « fins de non-recevoir » est transformé en une collection de renvois (acquiescement, action en justice, appel, etc.). Pas une ligne de texte qui lui soit propre. Cela suffit pour démontrer l'éparpillement de la question et l'absence de tout essai de synthèse. Quant aux recueils de bibliographie, ils se révèlent d'une égale pauvreté. Le recueil de Sirey mentionne un seul ouvrage : Lemerle, *Traité des fins de non-recevoir*, 1819. Nous n'avons pu nous le procurer. Enfin, nous n'avons découvert que deux thèses de doctorat sur les fins de non-recevoir : Pironne, *Des fins de non-recevoir et des présomptions en matière de transport* (Paris, 1895), et Henry. *La fin de non-recevoir déduite en droit administratif de l'existence d'un recours parallèle* (Dijon, 1915). Ces deux ouvrages n'ont qu'un intérêt strictement limité. Ni l'un ni l'autre ne contient une tentative de théorie générale avec application spéciale. Nous n'y avons même pas découvert une définition des fins de non-recevoir en général.

Essayons donc de dire, très rapidement, ce que semblent être les questions de recevabilité. Nous savons que toute procédure d'ordre contentieux doit aboutir à un acte juridictionnel, c'est-à-dire à la solution d'une question posée sur la violation de la règle. Nous avons pu dire que les voies de droit ouvertes par la loi pour contraindre au respect des situations juridiques forçaient les parties à porter la question de violation de la règle devant une *autorité déterminée*. De même nous pouvons dire :

- 1° que ces voies de droit ne sont ouvertes qu'au profit de personnes déterminées;
- 2° qu'elles ne peuvent être utilisées que par des personnes déterminées (lesquelles ne sont pas toujours identiquement les mêmes que les précédentes);
- 3° qu'elles ne doivent être suivies que dans des conditions et dans des formes rigoureusement prévues;
- 4° enfin qu'elles exigent d'être utilisées dans des laps de temps préalablement fixés.

A la première proposition se rattache, avant tout, la notion d'intérêt : à la seconde, la notion de capacité (tel mineur qui a un intérêt n'a pas capacité); à la troisième se rattachent toutes les questions de formalisme et de *conditions d'exercice de l'action* (c'est dans cette troisième catégorie que rentrera le problème important posé, en matière de recevabilité, par l'autorité de la chose jugée); à la quatrième proposition se rattachent les prescriptions et délais préfixes.

Nous disons que toutes les difficultés qui peuvent naître sur ces différents points posent des questions de recevabilité. Nous prenons ainsi le mot dans son sens le plus large.

Cette proposition s'appuie sur la constatation suivante : aucun de ces problèmes *ne touche le fond de l'affaire*, aucun d'eux n'intéresse la réponse à donner à la question de violation de la loi. Ce sont autant de questions à résoudre pour savoir si le juge doit examiner le fond de l'affaire. Que l'une des conditions prévues par la loi sur tous ces points ne soit pas remplie, la procédure s'arrêtera. Nous trouvons en cela la preuve qu'il s'agit bien de questions de recevabilité. Il faut les distinguer avec soin des questions préalables et préjudicielles, qui, nous le verrons, ont pour rôle de donner des solutions à certaines des questions de droit abstraites ou concrètes nécessaires à la formation de la question de droit principale. Remarquons, en dernier lieu, que toutes ces questions de recevabilité nécessitent la solution de multiples questions de droit.

Nous redisons maintenant ce que, déjà, nous affirmions à propos de la compétence : le juge, lorsqu'il tranche une question de recevabilité, ne fait pas un acte juridictionnel. Le critère matériel de l'acte juridictionnel, qui demande une question posée sur la violation de la loi, ne trouve pas ici son application. Il ne s'agit que des conditions d'exercice de la fonction juridictionnelle. Le tribunal vérifie si elles sont remplies. Là encore un débat, une discussion peut avoir lieu; l'objet n'en est pas une violation de la règle, mais seulement la façon dont il faut comprendre les conditions imposées par la loi. Si les conditions exigées par la loi sont remplies, c'est-à-dire si l'action a été intentée par les personnes qualifiées et intéressées, dans des conditions de formes et de temps que la loi prévoit, le tribunal déclarera l'action recevable et passera à l'étude du fond. Si, au contraire, les conditions ne sont pas remplies, le tribunal n'aura pas pour tâche de réparer

une prétendue violation de la loi (et nous savons que la fonction juridictionnelle n'a d'autre rôle que de rendre possible cette réparation de la violation de la loi), le tribunal dira simplement : « Je refuse d'accomplir certain acte qui demande certaines conditions, alors que ces conditions ne sont pas remplies. » Et la procédure s'arrêtera, le tribunal ne passera pas à l'accomplissement de l'acte juridictionnel, exactement de la même manière que le fonctionnaire compétent refuse de passer à la nomination d'un fonctionnaire inférieur quand les conditions prévues pour cette nomination ne sont pas remplies.

Toutefois, il faut remarquer que fonctionnaire et tribunal n'agissent pas toujours d'une manière identique. Le premier, refusant de procéder à un acte administratif, se contentera de s'abstenir. Il lui arrivera souvent de ne répondre que par le silence (on a été jusqu'à ériger cette méthode en système, et on en a fait une théorie, celle de la décision implicite de refus). D'autres fois il notifiera à l'intéressé qu'il ne peut accéder à sa demande : mais sa lettre n'aura aucune valeur juridique. En résumé, le fonctionnaire *s'abstient*.

Tout au contraire le juge qui se déclare incompétent, ou rejette une action parce qu'irrecevable, rend un véritable jugement. Ce jugement n'est pas un acte juridictionnel, mais il a une existence certaine, et le fonctionnaire n'aura pu « s'abstenir » comme dans le cas précédent. Faut-il en déduire que nous rapprochons à tort l'abstention du fonctionnaire et l'acte du juge ? Nous ne le croyons pas. Car, si nous pouvons noter une différence, c'est une différence *formelle*. Nous n'admettons pas que la loi n'ait pas créé pour le juge une obligation de toujours donner une réponse claire. Le fonctionnaire ordinaire poursuit, avant

tout, l'intérêt du service : un acte administratif ne pouvant être fait, il est assez indifférent, du point de vue de cet intérêt, que le particulier soit averti ou non, et, surtout, peu importe comment. La fonction juridictionnelle ne peut se permettre de ne pas répondre aux questions du particulier, et si elle ne peut le suivre dans une procédure mal engagée, elle se doit de le lui notifier.

Il n'y a donc, entre ces deux hypothèses, qu'une différence quant à *l'expression de la pensée de l'agent*. C'est une différence formelle. Mais il est intéressant de constater que, dans le cas du juge, cette particularité formelle s'exprime au moyen d'un acte juridique qui, de sa nature matérielle, est un acte-condition, et qui fait naître plusieurs situations juridiques objectives, notamment, sur la tête de l'une des parties, celle de plaideur débouté parce qu'ayant agi devant un tribunal incompétent ou parce qu'ayant soumis à un tribunal une action irrecevable.

On a pu voir combien les questions de compétence et de recevabilité sont proches l'une de l'autre. Nous les avons séparées pour mettre en lumière ce que nous semblait être la recevabilité. Mieux vaut les réunir à présent. Les lignes qui suivent s'appliquent donc à l'une et à l'autre.

De cette fusion, nous trouverions d'ailleurs une justification suffisante dans la théorie de *la recevabilité du recours pour excès de pouvoir*. Cette théorie est doublement intéressante : 1° du fait que le terme de recevabilité y désigne, comme nous l'allons voir, et la recevabilité au sens strict et la compétence; 2° du fait que la jurisprudence et la doctrine ont depuis longtemps distingué, et de la façon la plus absolue, la question de fond et la question de recevabilité.

Dans les conditions de recevabilité du recours pour

excès de pouvoir, nous trouvons, d'abord, qu'il doit s'agir d'un acte juridique, administratif au sens formel, et exécutoire. *Ceci n'est qu'une définition de compétence.* Si l'un de ces caractères fait défaut le tribunal n'est plus *compétent* pour juger la légalité de l'acte. Puis nous trouvons trois conditions, où l'on va reconnaître les conditions de recevabilité déjà posées : une relative à l'individu (intérêt), une au délai, une aux recours parallèles. La jurisprudence nous semble un peu confuse sur le chapitre de cette dernière condition. Mais le principe est simple : il est des hypothèses où le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable parce qu'une autre voie de droit, susceptible de donner au requérant la même satisfaction, est ouverte. Ce mélange des conditions de compétence et de recevabilité d'une part, et cette distinction parfaite entre la recevabilité et le fond, d'autre part, dénotent que, dans le cadre du droit public, l'analyse est plus avancée que dans le cadre du droit privé.

Les jugements sur la compétence et la recevabilité ne sont pas des actes juridictionnels. *Ce sont des solutions de questions de droit concrètes.* L'un a pour but de dire si, à propos de tel procès déterminé, le tribunal est compétent. L'autre examine la question de savoir si telle demande est correcte, tel individu qualifié... Bref, ils tendent à dire : toutes les conditions prévues par la loi pour qu'il y ait lieu de faire un acte juridictionnel sont ou ne sont pas réalisées et démontrées au regard du droit. C'est bien le caractère des solutions de question de droit concrètes. *L'ensemble des solutions données aux questions de compétence et de recevabilité forme une question de droit principale* ainsi conçue : y a-t-il lieu de procéder à l'acte juridictionnel ? La réponse est oui ou non.

Mais cette réponse ne modifie rien dans l'ordonnance-

ment juridique. C'est un acte d'intelligence pure comme toutes les réponses données aux questions de droit principales, qu'elles constatent une violation de la règle (il y a alors acte juridictionnel), ou qu'elles constatent que, toutes les conditions prévues par la loi étant remplies, il y a lieu de l'exécuter (c'est le cas qui nous intéresse maintenant). Cette manifestation d'intelligence pure est la condition d'un acte de volonté postérieur. Sur tout cela, que nous avons déjà rapidement déduit, nous reviendrons prochainement. Dans l'espèce, l'acte de volonté conditionné par la réponse affirmative à la question de droit principale ainsi définie est un acte-condition, au résultat duquel naît la situation objective de juge admis à examiner le fond de l'affaire et la situation objective de parties admises à plaider le fond de cette affaire.

Quand la question de compétence ou de recevabilité n'est pas soulevée, elle n'est tranchée qu'implicitement; il y a donc quantité de procès où la réponse donnée à la question de droit principale posée sur les conditions de recevabilité et de compétence n'est jamais formulée. De même pour l'acte-condition consécutif à cette question de droit principale.

Constatons encore que toutes ces solutions abstraites, concrètes, principales, bien que n'aboutissant à aucun résultat juridictionnel, peuvent avoir été l'occasion de nombreuses violations du droit. Une action peut donc être intentée qui tende à faire constater ces violations. Un arrêt de la Cour d'appel examinant la solution donnée par le tribunal civil en matière de compétence est un véritable acte juridictionnel. L'objet du débat n'est plus de savoir si le tribunal est ou n'est pas compétent, mais bien s'il a violé la règle de droit en se déclarant ou en refusant de se déclarer compétent.

CHAPITRE II

L'ACTE JURIDICTIONNEL

Nous voici arrivé à l'étude de l'acte juridictionnel lui-même. Le tribunal est régulièrement saisi, il s'est déclaré compétent, il a déclaré l'action recevable, il va juger. C'est alors que commence l'activité juridictionnelle *strictissimo sensu*, que nous allons analyser.

Toutefois, nous voudrions essayer de résoudre auparavant un problème classique : *la prétention et la contestation sont-elles des éléments de l'acte juridictionnel ?* Nous commencerons par étudier la question de la prétention, la contestation étant généralement considérée comme l'opposition de deux prétentions.

A la question de savoir si la prétention fait partie de l'acte juridictionnel, beaucoup de juristes, dont Duguit, répondent formellement par l'affirmative. Nous ne pouvons accepter une telle solution.

Duguit commence par démontrer que « l'acte juridictionnel implique l'existence d'une prétention » (1). Sur ce point, on ne saurait n'être pas d'accord avec lui. Que cette prétention soit le fait d'un particulier, d'un agent de l'Etat, au besoin du juge lui-même, peu importe. Elle est le déclic nécessaire qui met en mouvement l'activité juridictionnelle.

(1) Duguit, *Traité*, 3^e éd., II, p. 423.

Pour nous, qui donnons de l'acte juridictionnel une définition très stricte, la prétention sera provoquée par la volonté de faire constater par un agent compétent une violation de la règle de droit. Sur la nécessité de la prétention, nous ne croyons donc pas qu'il puisse s'élever la moindre difficulté.

Devons-nous en déduire, comme le fait Duguit, que, trois éléments apparaissant « dans l'acte juridictionnel », le premier puisse être ainsi défini : « 1° On pose au juge ou il se pose à lui-même une question de droit qu'il doit résoudre... » § (2). Certainement non. Nous croyons déceler la confusion commise en disant que Duguit n'a pas suffisamment séparé l'idée de condition nécessaire à la mise en mouvement d'une procédure juridictionnelle et l'idée d'élément de l'acte juridictionnel. Une prétention est certainement indispensable pour qu'un acte juridictionnel puisse trouver place, mais il est également certain que cette prétention ne fait pas partie de cet acte. La preuve irréfutable en est que la prétention est le plus souvent émise par un simple particulier, alors que l'acte juridictionnel est fait par un agent. Comment concevoir la nature de cet acte complexe, dont les éléments seraient le produit d'activités distinctes, l'une étant celle d'un particulier, l'autre celle d'un agent de l'Etat § (3).

Nous croirions volontiers qu'il y a là beaucoup plus une confusion de mots qu'une confusion d'idées. Mais cette confusion de mots est peut-être l'unique source de la discussion, pas encore close, sur la contestation. Il nous semble que ce que nous venons de dire sur la prétention s'applique sans réserve à cette opposition de deux prétentions qu'est la

(2) Id., *Ibid.*, p. 431.

(3) Voir Vizios, *Notions fondamentales de la procédure*, p. 50. En note, M. Vizios dit que la prétention « précède et demeure extérieure » à l'acte juridictionnel.

contestation. Si une prétention ne peut faire partie de l'acte juridictionnel, deux ne le peuvent davantage.

Il reste, il est vrai, la question de savoir si la contestation est indispensable, comme la prétention, pour que l'activité juridictionnelle puisse fonctionner. C'est, nous semble-t-il, pour répondre oui que M. Bonnard a écrit : «... Je persiste à penser que la contestation est un *élément spécifique* de l'acte juridictionnel... », puis : « Si on élargit ainsi l'idée de contestation, on peut la trouver *dans* tous les actes juridictionnels. » (4). Ne comprenant pas comment on peut faire de la contestation un élément de l'acte juridictionnel, nous croyons que M. Bonnard a voulu parler de la *nécessité* d'une contestation. Et nous trouvons très judicieux le raisonnement suivi par lui. Pour qu'un acte juridictionnel puisse intervenir, pour qu'il y ait lieu d'avoir recours au juge, il faut de toute évidence qu'une prétention que l'on croit fondée « rencontre une résistance à sa réalisation » (5). Cette résistance peut prendre les formes les plus variées, depuis la contradiction nette et franche jusqu'à l'impossibilité dans laquelle se trouve la victime de l'acte attaqué, de l'attitude incriminée, de se donner satisfaction par elle-même. Il nous semble que la seule interdiction de se faire justice par ses propres moyens suffit pour créer la résistance dont parle M. Bonnard. Nous demandons seulement s'il y a lieu, en présence d'une idée aussi large, de maintenir le mot de contestation.

En tout état de cause nous ne pouvons consentir à ranger soit la prétention, soit la contestation parmi les éléments de l'acte juridictionnel.

(4) Bonnard, *Revue de droit public*, 1930, p. 384, 385.

(5) Id. *Ibid.*

SECTION PREMIÈRE

LA PREMIÈRE PARTIE DE L'ACTE JURIDICTIONNEL.

LA NOTION DE FAIT. LE CHOIX DES FAITS

§ 1. — Théorie de la connaissance et du choix des faits et cause.

On a toujours dit que le juge a pour rôle de résoudre les conflits que la vie de société provoque, et que ses décisions ont pour tâche de mettre fin à ces conflits. Si, par exemple, Paul se prétend créancier de Pierre, si Pierre nie, et si le juge se prononce en faveur de l'un d'eux, il semble tout naturel de dire que le conflit qui opposait Paul et Pierre est résolu. Cela, nous ne pouvons l'admettre.

C'est un principe philosophique indiscuté que le suivant : nous ne connaissons pas et nous ne connaissons jamais la réalité. De celle-ci, nous n'avons que des images, et si notre fortune d'images s'enrichit ou se modifie, la réalité, pour nous, se transforme. « Les corps nous apparaissent comme des étendues capables d'agir sur nos différents sens. Nous les connaissons par un certain nombre de propriétés tactiles, visuelles, etc... : la solidité, le poli, la couleur par exemple ; mais on sait depuis Descartes, que toutes ces propriétés, dites qualités secondes de la matière, ne sauraient constituer l'essence des corps. Ces propriétés sont, pour ainsi dire, des produits de notre conscience, au contact des objets extérieurs, ce sont de simples représentations qui n'existent que pour nos sens et ne correspondent à rien de réel. » (6).

Il en est exactement de même pour le procès. Le juge ne

(6) Lachelier, *Introduction à la « Monadologie » de Leibniz*, p. 10, Hachette, édit.

saisit pas la *réalité* du conflit qu'on lui demande de trancher; il ne peut que s'en former une image. Cette image sera faite d'un ensemble de concepts. Tous ces concepts sont identiques par nature. Ce sont les concepts des faits que le juge doit considérer *comme ayant une existence certaine à l'égard de la loi*, c'est-à-dire les concepts des faits dont la preuve a été correctement rapportée. Le juge ne doit s'appuyer pour juger que sur des faits bien établis. La loi prévoit les procédés à suivre pour établir ces faits. Les règles de preuve respectées, les faits en question ont une existence au regard du droit. Il est possible qu'ils ne correspondent à rien de réel. Cela n'a pas d'importance. Car on ne saisit jamais la réalité d'un procès, mais seulement les images que les modes de preuves prévus par la loi nous permettent d'en avoir.

Prenons un exemple. En matière de contentieux de la répression, la culpabilité effective de l'individu ne sera jamais directement saisie par l'intelligence du juge. Tel accusé n'est pas coupable de meurtre parce qu'il a tué, mais parce que les preuves disent qu'il a tué. Juridiquement, et même humainement parlant, on n'est pas coupable en raison de ses actes, on est coupable en raison de ce que les preuves viennent affirmer. C'est l'application du principe cartésien; la réalité nous échappe éternellement, nous n'en avons que les images.

Un exemple pris dans le domaine du contentieux pénal frappe l'imagination. La chose est tout aussi vraie dans le domaine du droit civil ou du droit public. Un conflit vient de se produire : des coups et des injures ont pu être échangés, des dommages causés; *tout cela, qui est réalité, le juge l'ignore et l'ignorera toujours*. Mais les arguments, les éléments de fait présentés dans le cadre des preuves afflue-

ront devant lui, et, bientôt, il se sera formé certains concepts qui seuls compteront.

La réalité, pourtant, garde sa valeur. Si, en soi, elle est pour nous un inconnaissable, elle reste un idéal vers lequel il faut tendre. Il nous paraît difficile de ne pas comparer, du point de vue de la connaissance, la notion de réalité à la notion mathématique d'asymptote. De même que la courbe s'approche de l'asymptote sans la toucher jamais, de même le juge doit faire effort pour que ses concepts se rapprochent autant que possible de la réalité. Les concepts pourront arriver tellement près de cet idéal que, pratiquement, on doive les confondre avec lui. Mais il restera toujours un pas qu'il n'appartient pas à l'intelligence humaine de franchir, le pas qui existe entre ce qui est et ce qui est pensé.

Le juge ne raisonnant que sur des concepts, et ces concepts *devant* tendre vers une image exactement conforme à la réalité, vienne la preuve que le juge, tout en s'étant approché fort près de la réalité, peut s'en approcher davantage encore, et tout l'édifice construit, si grandiose, *si achevé soit-il*, doit s'écrouler. Procès en cours ou procès terminé, *rien ne doit résister à la loi morale, au devoir d'aller plus près de l'idéal entrevu.*

Nous affirmons donc qu'il est possible, en marchant de concept en concept, de se rapprocher d'une image du procès exactement conforme à la réalité. On nous répondra peut-être que c'est une illusion. Pour pouvoir prétendre s'être rapproché d'un point, il faut savoir où est ce point. Pour pouvoir prétendre se former d'une certaine réalité une image plus conforme à cette réalité que l'image précédente, il faut connaître, semble-t-il, cette réalité. Or elle est un inconnaissable.

Il est superflu, d'abord, d'insister sur le fait que ce raisonnement condamne toute espèce d'effort scientifique. Il est essentiel, ensuite, de dire pourquoi il nous paraît faux. On peut ignorer la situation d'un point, mais, en admettant qu'en ce point un son d'intensité constante soit émis, on peut affirmer s'en être rapproché à mesure que l'on entendit croître l'intensité de ce son. La réalité ne se révèle à nous que partiellement. Mais nous pouvons nous former un concept fondé sur un certain nombre de renseignements physiques que, pendant un premier examen, nos sens nous ont fournis. Rien n'empêche que, pendant un second examen plus minutieux, nos sens ne parviennent à saisir certains éléments de nature à compléter en partie les premiers renseignements. Rien n'empêche, encore, que ce second examen ne mette au jour quelques erreurs commises par nos sens dans une première étude trop hâtive. De tout ceci, il résultera que notre premier concept sera, pour une part, modifié. Le second concept ne nous dira, pas plus que le premier, ce qu'est la réalité; mais nous sommes en droit d'affirmer que, jusqu'à plus ample informé, ce second concept sera plus proche que le premier de cette réalité.

On verra plus tard, à propos de l'étude des voies de recours, la portée de cette conclusion.

Si nous introduisons dans cette analyse rationaliste le vocabulaire juridique, et, spécialement, la terminologie que nous avons déterminée, nous dirons : tous les concepts que le juge se forme dans le cadre des preuves sont autant de solutions de questions de droit concrètes. Et, sur ce point, les pages que nous avons consacrées aux questions de droit nous paraissent suffisamment explicites.

Lorsqu'on s'est intimement pénétré de l'idée que, en justice, on ne peut raisonner sur des réalités, qu'il est seu-

lement possible de bâtir des édifices abstraits, à coups de solutions de questions abstraites et concrètes (nous n'avons point oublié que toute solution concrète suppose une solution préalable abstraite), le procès apparaît sous un jour quelque peu nouveau. Et la même idée va nous conduire à une déduction fort importante sur la notion de « fait ». Sachant que le fait réel échappe au juge, qu'il n'a pour lui que la valeur d'un idéal dont on veut se rapprocher, sachant que toutes les images que le juge pourra utiliser dans un procès déterminé seront des solutions de questions de droit concrètes, nous pouvons dire que toutes ces solutions, tranchant des questions de même nature, obtenues par des procédés de même nature, *sont entre elles d'une nature identique*. On ne saurait donc les séparer, les répartir en classes distinctes.

Nous sommes ainsi autorisé à donner une définition très simple des *faits de la cause*. Sont faits de la cause toutes les solutions concrètes.

Dans le cas d'un assassinat, le coup mortel a pu être vu par plusieurs témoins : de même, le guet-apens a pu être constaté, et aussi les manœuvres constitutives de la préméditation. Personne n'hésitera à dire qu'il faut voir là les faits de la cause. Supposons qu'il se lève une question délicate de paternité qui soit de nature à transformer le crime en parricide. La cour d'assises devra trancher cette question de paternité. Faudra-t-il considérer la réponse qu'elle lui donnera comme étant un fait de la cause ? Oui, car il ne s'agit que d'une solution concrète. Prenons un autre exemple : deux individus sont en contestation sur le point de savoir si tel contrat a été ou n'a pas été conclu ; ils ont été vus discutant ensemble : on a eu connaissance des différentes modalités de leur accord futur. Ce sont là

des faits de la cause, et personne n'hésitera à les considérer comme tels. Puis le juge déclare qu'effectivement il y a eu contrat. Beaucoup nous diront alors que ce n'est plus un fait de la cause, que c'est une conclusion du juge, et que cette conclusion est justement l'objet de l'acte juridictionnel. Nous savons que cela n'est pas : l'objet de l'acte juridictionnel est de dire que ce contrat a été violé, et par son intermédiaire la loi. Quand le juge déclare que le contrat a été conclu, il se contente de résoudre une question de droit concrète. Il conclut à l'existence d'un fait, le fait-contrat, aux yeux de la loi, parce que prouvé conformément aux modes prévus.

Sans doute, cette question de droit concrète est faite des solutions de questions de droit concrètes antérieures. Le juge a d'abord décidé que la conversation entendue était un fait prouvé au regard du droit. Il a résolu pour cela une question concrète. Puis il aura décidé, par exemple, que l'un des contractants devait être considéré comme ayant, aux yeux de la loi, fait un début d'exécution : autre solution de question concrète. Le cocontractant a-t-il eu avec des tiers une conversation qui, interprétée, laisse entendre la volonté d'exécuter ? Troisième question concrète. Toutes ces questions résolues, le juge s'en pose une autre, plus vaste, plus compréhensive : l'accord a-t-il été effectivement réalisé ? Ce n'est encore qu'une question concrète, car il ne s'agit que d'établir un fait au regard du droit.

Nous saisissons ainsi la nature intime du procès. C'est un vaste ensemble de solutions de droit. A la base nous trouvons des solutions abstraites, c'est-à-dire d'interprétation de la loi. Puis, grâce à cette interprétation, le juge marche de solutions concrètes en solutions concrètes, dé-

clarant chaque fois qu'un fait déterminé sera tenu pour constant. Des solutions les plus simples il arrivera aux solutions les plus compliquées, grosses de toutes les solutions précédentes. *Mais ce ne seront toujours que solutions de questions de droit concrètes.* Entre toutes ces solutions on ne peut établir de différence : elles forment un tout articulé, homogène, qu'on ne saurait diviser.

Enfin, toutes ces questions résolues, le juge aura de l'affaire un concept général. Nous l'appelons le *concept-procès*. Ce concept ne portera que sur des faits. En face de ce concept, le juge placera une règle dont nous parlerons plus tard, et confrontera. La confrontation du concept-procès et de la règle constitue ce que nous avons appelé la question de droit principale, à laquelle une dernière solution sera donnée, réponse à la question de violation de la règle.

Retenons de cette analyse que, lorsque nous nous demanderons quelle portée on doit donner aux solutions du juge, aux solutions concrètes, il faudra avoir grand soin de dire : toutes ces questions avec leurs solutions *ont la même valeur et la même autorité*, quelles que soient cette valeur et cette autorité. La raison en est, une fois de plus, qu'il ne s'agit que de solutions de questions de même nature, de questions concrètes. Peu importe qu'elles soient simples ou très compliquées; les compliquées sont faites des simples, et n'auront de valeur qu'autant qu'on en accordera à celles-ci.

Nous signalons enfin que toutes les solutions de droit concrètes toutes les conclusions de fait, ne joueront peut-être pas un rôle identique dans la formation de la question de droit principale posée sur la violation de la loi. Il arrivera fréquemment que les plaideurs apporteront devant le juge

des faits qu'ils croiront être éléments du procès, et que le juge écartera comme sans intérêt. Mais cette opération de triage ne peut avoir lieu qu'à la fin de la première partie de l'acte juridictionnel. Quand le juge commence à étudier une affaire il ne sait pas ce qu'elle est, il ne peut donc savoir les faits qui lui seront utiles et ceux qui se révéleront étrangers à la cause. Il doit les étudier tous, constater leur existence au regard de la loi. Ce travail terminé, il éliminera les éléments inutiles. Mais il doit bien se garder de les oublier, de les négliger définitivement. Au contraire, il doit se dire que ce triage constitue l'une des opérations les plus graves de son ministère. Quel que soit le choix fait par lui, il sera impossible de revenir par la suite sur ce choix. Ce sera là une conséquence de l'autorité de la chose jugée.

Multiples questions de droit abstraites et concrètes, choix des faits intéressants, élimination des faits sans valeur, tel est le résumé de la première partie de l'acte juridictionnel. Elle aboutit à une véritable synthèse, qui fait que le juge possède, dorénavant, un concept de l'affaire.

§ 2. — Les questions préjudicielles relatives à la connaissance des faits de la cause.

Il se peut que la loi ait entendu réserver une portion de cette première partie de l'acte juridictionnel à une autre autorité que le juge régulièrement saisi. Normalement, le juge compétent pour juger un procès l'est aussi pour trancher toutes les questions nécessaires à la solution de ce procès. Mais il en est parfois autrement; le juge doit surseoir à statuer pour attendre la solution donnée par un autre agent. Il y a alors *question préjudicielle*.

L'existence des questions préjudicielles ne porte pas at-

teinte à la théorie que nous venons d'exposer. Il y a tout simplement, pour un acte unique, collaboration de deux agents. Nous allons rapidement examiner les divers cas de questions préjudicielles qui nous intéressent ici.

I. — INTERPRÉTATION DES RÈGLEMENTS ADMINISTRATIFS.

La jurisprudence admet, après quelques hésitations, mais, maintenant, d'une façon ferme, que le règlement, étant loi au sens matériel, peut être interprété par les tribunaux judiciaires. Il n'y a donc pas question préjudicielle.

Nous devons dire, à la vérité, que l'interprétation d'un règlement administratif pour la première partie de l'acte juridictionnel doit être chose infiniment rare. Il faut, en effet, supposer, puisqu'il n'y a dans cette première partie d'interprétation de la règle, c'est-à-dire de question abstraite, qu'en vue des questions concrètes, que le règlement à interpréter concerne les modes de preuves. Nous n'en connaissons pas d'exemple. En théorie toutefois, cela est possible, ce qui suffisait pour nous contraindre à en faire mention.

L'interprétation des règlements se retrouvera, avec une importance accrue, lorsqu'il s'agira, non plus du choix des faits, mais du choix de la règle.

II. — INTERPRÉTATION DES ACTES ADMINISTRATIFS INDIVIDUELS.

Le juge peut avoir, en revanche, à interpréter quantité d'actes individuels administratifs. Actes de concession de travaux publics, de permission ou d'autorisation de voirie... créent des situations juridiques qui peuvent, un jour, devenir éléments de fait d'un procès. Le juge, pour les connaître, doit interpréter l'acte qui les crée. Dans ce cas la jurisprudence admet que, sauf disposition parfaitement

claire, il y a toujours question préjudicielle quant aux tribunaux judiciaires. Ainsi, pour la première partie de l'acte juridictionnel, la loi organise la collaboration de plusieurs agents. Quelque évident qu'apparaisse le sens de l'acte administratif, il y aura toujours une interprétation. La jurisprudence décide que, au delà d'un certain degré de difficulté, l'interprétation n'est plus du ressort des tribunaux judiciaires (7).

III. — SOLUTION D'UNE QUESTION DE DROIT CONCRÈTE RÉSERVÉE A UNE JURIDICTION SPÉCIALE.

Dans cette hypothèse, la loi a réservé à une autorité déterminée la solution complète de certaines questions de droit concrètes. Le tribunal saisi attendra la réponse de cette autorité et l'insérera dans les éléments de fait du procès.

C'est le cas bien connu des questions d'état en matière de contentieux de la répression ou de contentieux administratif. Pour ce dernier, l'article 39 de la loi du 5 avril 1884, qui interdit aux conseils de préfecture de connaître des questions d'état, en décide expressément. En matière de contentieux de la répression le problème est plus délicat. Il a été étudié par M. Hébraud dans sa thèse de doctorat (8). Il est certainement difficile de dire quand il y a et quand il n'y a pas question préjudicielle.

Nous ne voulons pas nous y essayer. Nous constatons, ce qui nous suffit, que ces questions préjudicielles ne portent pas atteinte à notre théorie de l'acte juridictionnel. Une collaboration, une spécialisation des fonctions s'introduit,

(7) Voir Bonnard, *Précis de droit administratif*, p. 116. Voir aussi la thèse de M. Lureau.

(8) Hébraud, *Autorité de la chose jugée au criminel sur le civil*, p. 332 et suiv.

là comme ailleurs. Une bonne justice ne peut qu'y gagner.

Dans la brève analyse que nous avons faite des questions préjudicielles, nous n'avons rien dit de l'hypothèse où il y a lieu d'apprécier la légalité d'un acte administratif, réglementaire ou individuel. On ne peut en parler qu'après avoir étudié le cas d'un acte juridictionnel complexe, c'est-à-dire pour lequel *sont posées plusieurs questions de droit relatives à différentes violations de la loi.*

SECTION II

LA DEUXIÈME PARTIE DE L'ACTE JURIDICTIONNEL — LE CHOIX DE LA RÈGLE

Nous voici en présence de la deuxième partie de l'acte juridictionnel. Le juge connaît un certain nombre de faits qu'il va tenir pour constants. Ces faits lui montrent ce qui, dans le conflit qu'il étudie, a été. Il va puiser dans la loi la règle qui lui dise ce qui devait être. Il mettra face à face ce qui a été et ce qui devait être, et réalisera ainsi la question de droit principale.

L'opération à laquelle il va se livrer n'aura, pour lui, rien de nouveau. Pour choisir il devra interpréter. Au lieu d'interpréter des règles de droit relatives aux preuves, il interprétera la règle qui, dans le système de faits établis grâce aux moyens de preuve, devait être suivie. C'est la seconde phase de la fonction du juge. Elle ne peut trouver place qu'après la phase relative au choix des faits, puisqu'il faut, de toute évidence, savoir à quoi l'on a affaire.

Nous allons prendre plusieurs exemples. Ils nous montreront que la règle dont le juge va faire choix dans la seconde partie de l'acte juridictionnel peut être, sinon de nature, du moins d'ampleur très variée.

Premier exemple. — Supposons qu'un maire ait fait un règlement pour interdire les processions religieuses sur la voie publique. Grâce aux modes prévus par la loi, il a été établi que ce règlement n'était nullement exigé par la police de la circulation, que, au contraire, il a eu un but de brimade envers une certaine partie de la population. Voilà le fait. Nous pourrions supposer l'inverse : les rues que doit suivre l'itinéraire de la procession sont tellement étroites et encombrées qu'une police bien faite commande d'éviter les causes d'affluence, et des motifs d'anticléricalisme étroit n'ont rien à voir avec la décision du règlement. Voilà encore le fait. Ceci connu, le juge va choisir une règle qui lui dise ce qui devait être. En l'espèce, il s'inspirera de la grande règle de la liberté des cultes et des manifestations religieuses. La confrontation de cette règle avec les faits pose la question de droit principale. Cette question recevra une réponse, qui est la troisième partie de l'acte juridictionnel et dont nous parlerons plus tard.

Deuxième exemple. — On prétend qu'une nomination d'instituteur est illégale. La production des pièces du dossier (moyen de preuve prévu par la loi) montre que cet instituteur a certains titres, est inscrit sur telle liste dressée par telle personne compétente, qu'enfin il a été nommé par le préfet. Voilà le fait. Le juge va procéder au choix d'une règle. Cette règle est l'expression des conditions que doit réaliser un candidat pour être nommé. On la place à côté des conditions que, effectivement, il remplit, et une réponse, positive ou négative, à la question de violation de la règle en résulte, qui ne nous intéresse pas pour l'instant.

Autant la règle du cas précédent était large, autant celle

du cas présent est précise et méticuleuse. Mais c'est une règle quand même, correspondant à la précision du cas envisagé.

Troisième exemple. — Un individu intente contre un autre individu une action en recherche de paternité naturelle. Il arrive muni d'un cortège de faits (cohabitation exclusive, éducation de l'enfant, aveu non équivoque...) qu'il établit conformément aux modes de preuves. Il établit enfin, et c'est bien facile, que le père prétendu nie cette paternité, que la société, elle aussi, ne lui reconnaît pas le lien du sang auquel il dit avoir droit. Voilà le fait. Le juge fait choix de la règle : elle dit que dans tels cas minutieusement précisés l'enfant devra être considéré comme enfant naturel de tel individu. De la confrontation résultera la question de droit principale, à laquelle le juge répondra en disant si le père prétendu, par son refus de reconnaître son fils quand celui-ci le lui demande, viole cette règle. Ce sera la troisième partie.

Quatrième exemple. — Un dommage a été causé par une personne quelconque aux biens d'une autre personne. La victime établit, conformément à la loi, qu'il y a eu dommage, faute, que le dommage est la conséquence de la faute... Voilà le fait. Le juge met en face la grande règle qui dit que les biens d'autrui seront respectés. Il conclura, ce sera la troisième partie, à la violation ou à la non-violation de la règle.

Cinquième exemple. — En face d'un meurtre, le juge placera la règle : « tu ne tueras point ».

Sixième exemple. — Nous le prenons pour faire contraste avec le cas précédent. Un individu est poursuivi pour transformation, sans autorisation, d'un local vide en un local à usage de meublé (délit prévu et puni par les lois des

1^{er} août 1926 et 20 juillet 1929). Le parquet parvient à établir qu'il y a eu transformation sans autorisation. Voilà le fait. En face, le juge place la règle qui veut une autorisation pour ce faire. La question principale est ainsi posée.

On voit quelle distance il peut y avoir, dans le cadre d'un même contentieux, contentieux de la répression en l'espèce, entre les différentes règles auxquelles le juge fait appel.

Septième exemple. — Ce dernier exemple est particulièrement important. Il ouvre la voie à la distinction des contentieux que nous étudierons plus tard.

Un plaideur vient soutenir devant le juge qu'il y a eu contrat d'achat avec telle personne et en demander l'exécution. Il parvient, conformément aux preuves prévues par la loi, à montrer que ce contrat a été conclu. Il ajoute, ce qui, nous le répétons, est bien facile à prouver, que son cocontractant refuse de s'exécuter. Voilà le fait. En face, pour créer la question principale, le juge placera la grande règle de droit : les situations subjectives doivent être respectées.

Ces exemples suffisent pour montrer ce qu'est la seconde partie de l'acte juridictionnel. Avant de l'abandonner, nous allons revenir sur quelques remarques précédemment faites qu'il faut préciser un peu.

La première est que cette seconde partie, choix de la règle de droit avec interprétation, ne peut être constituée que de solutions données à des questions de droit abstraites. C'est ce qui la différencie de la première partie. Grâce à des questions de droit concrètes, nous étions arrivés à des conclusions qui, nous permettant d'affirmer l'existence d'un fait aux yeux de la loi, avaient, les unes et les

autres, un caractère subjectif. Considérer comme définitivement acquis que Pierre a tué Paul, ou que Jacques a fait un contrat avec François, aura une signification tant qu'il s'agira du procès criminel introduit contre Pierre, de l'action en exécution intentée par Jacques contre François. De pareilles conclusions, en dehors de ce cadre, il ne subsiste rien.

Au contraire, le choix interprétatif que, dans la seconde partie de l'acte juridictionnel, le juge a fait de la règle, reste quelque chose de purement objectif. Ce n'est pas parce qu'il s'agissait de Pierre, Paul, Jacques et François que le juge a fait choix de cette règle : c'est parce qu'il fallait voir si l'attitude d'un individu quelconque soumis à une certaine norme était conforme à cette norme. Un autre procès identique, mais avec des individus différents, eût amené le juge à faire choix de la même règle. Dire que Pierre a tué Paul signifie quelque chose en fonction de Pierre et de Paul et ne signifie rien en dehors d'eux. Au contraire, dire « il est défendu de tuer » a un certain sens en fonction de Pierre et de Paul, et a exactement le même sens en fonction de X et de Y.

En résumé, la règle se voit, grâce à la seconde partie de l'acte juridictionnel, juxtaposée dans une hypothèse concrète avec la réalité. Mais elle y garde son caractère de règle, c'est-à-dire son caractère objectif.

Rappelons aussi le parallèle que, au chapitre des questions de droit, nous avons fait entre la fonction d'exécution et la fonction juridictionnelle. Nous disions que l'une et l'autre procédaient de la même façon, que l'une et l'autre, par le moyen de question de droit abstraites et concrètes, aboutissaient à une question de droit principale.

Et nous ajoutions que la nature de cette question principale pourrait les séparer. Depuis, nous avons vu que, si nous avons affaire à une question tendant à l'exécution de la règle du degré supérieur, il faut parler d'acte d'exécution, et que, si nous avons affaire à une question posée sur la violation de la règle, il faut parler d'acte juridictionnel. Cette différence, capitale il est vrai, mise à part, nous n'en avons trouvé aucune entre les deux actes.

Nous allons maintenant en déceler une seconde. Elle réside dans la différence des processus intellectuels suivis par les agents compétents. Pour faire un acte juridictionnel, le juge part des faits pour s'élever à la loi (nous ne redisons pas ce qu'il faut entendre par faits). On nous objectera que cela n'est qu'une analyse logique, que le juge connaît la loi avant les faits, et que, par conséquent, il recherche dans les faits l'application de la loi. Ce raisonnement ne nous paraît pas juste. Il est exact que le juge connaît la loi avant les faits. On peut en déduire, mais on ne peut en déduire que cela, qu'après avoir pris une grossière connaissance de l'affaire, il s'attachera aux points qu'il sait par avance, par expérience, être les points délicats des procès de même nature. Il est tout naturel que le juge, assisté des auxiliaires de la justice, oriente l'étude de l'affaire, dirige les systèmes de preuves pour établir des faits constituant des hypothèses que la loi prévoit. Mais il n'en reste pas moins que c'est seulement après l'établissement de ces faits que le juge peut penser : j'ai affaire à tel procès et non pas à tel autre ⁽⁹⁾, et la règle dont je dois dire si elle est violée est celle-ci et non pas celle-là. Quels que

(9) La vérification pratique se trouve dans la vieille règle : « le préparatoire et l'interlocutoire ne lient pas le juge ». Après avoir orienté la recherche des preuves, le juge peut alors s'apercevoir qu'il faisait erreur et rectifier.

soient les procédés que l'expérience permet au juge, aux gens de justice de suivre, il demeure que, *en matière contentieuse, la pensée part des faits pour s'élever à la règle*

Or, pour la fonction d'exécution, il se produit exactement le contraire. Et cela se déduit directement de la notion d'exécution. La pensée de l'agent part de la règle : c'est à elle qu'il faut satisfaire. De là, il descend dans les faits, qu'il connaîtra grâce à des solutions de droit concrètes, plus rares et simples que celles de l'acte juridictionnel, mais de même nature. Il constate ainsi que les conditions prévues par la loi sont réunies ou ne le sont pas. Le maire, par exemple, a le pouvoir de faire des règlements de circulation. Ayant recherché d'abord quels pouvoirs il tient de la loi, il constatera un jour que l'encombrement, la vitesse sans cesse accrue des moyens de locomotion, nécessitent un règlement. Il procédera alors à la rédaction de ce règlement. On peut raisonner d'une façon identique pour tout acte de la fonction d'exécution.

De tels actes pourront provoquer un recours contentieux. Il suffira pour cela que quelqu'un vienne soutenir que l'exécution est irrégulière. Alors le juge commencera par étudier les faits, par voir dans quelles conditions le règlement de circulation a été rendu. Il saura alors, et alors seulement, qu'il s'agit d'un règlement de circulation et non pas d'autre chose, et qu'il s'agit d'un règlement fait dans telles et telles conditions et non pas dans telles et telles autres. Après, il s'élèvera jusqu'à la règle. Il saura ce qui a été, et ce qui aurait dû être.

Le processus suivi par la pensée dans l'élaboration de l'acte juridictionnel est masqué par certaines règles de la procédure française. En effet, le choix de la règle dont il

faut dire si elle a été ou non violée n'est pas fait, en apparence tout au moins, par le juge. Il est fait par les parties ou, ce qui revient au même, par l'avoué ou l'avocat. En engageant l'affaire, celui-ci se place sous le signe de certaines lois, trace le cadre de son procès. S'il a commis une erreur, ou une maladresse, dans le choix de ces lois, le client sera débouté, alors que, invoquant un autre système de lois, il eût triomphé. La procédure française n'admet pas que le juge prenne l'initiative de déclarer la prétention mal fondée du point de vue de telle règle, et, faisant rebondir l'affaire, la déclare fondée du point de vue d'une autre règle qu'il aura déterminée lui-même.

Prenons l'exemple d'une action en demande d'indemnité du travail. L'avoué place l'affaire sous le signe de la loi de 1898. La discussion pourra s'engager sur le problème de la qualité de la victime : a-t-elle ou n'a-t-elle pas la qualité d'ouvrier salarié? Admettons que le juge décide qu'elle n'a pas cette qualité, mais bien celle de tâcheron. C'est une solution de question concrète. Il en résulte que le défendeur ne peut avoir violé la règle énoncée par la loi de 1898, et c'est pourquoi le demandeur sera débouté. Or on peut aisément concevoir que, se plaçant sous le signe de l'art. 1382 Civ., le demandeur puisse démontrer la faute de la personne chez laquelle il travaillait au moment de l'accident, et, en conséquence, gagner son procès. Le juge d'après les règles de notre droit français ne pourra abandonner la loi de 1898 pour appliquer l'article 1382 du Code civil.

Il semble alors bien naturel de conclure que, pour faire un acte juridictionnel, le juge commence par poser la règle de droit et examine ensuite la conformité des faits à cette règle. Cette conclusion trouve confirmation dans la ma-

nière dont sont rédigés certains actes juridictionnels, intéressants entre tous, les arrêts de cassation.

Sur le moyen pris de la violation des articles... (suivent les textes visés au pourvoi.)

Attendu que ... (suit l'exposé des faits, solutions de droit concrètes.)

Nous persistons à penser néanmoins qu'il n'y a là qu'un processus apparent. Il est facile de remarquer d'abord qu'une législation différente de la nôtre peut donner au juge le droit de modifier les conditions de l'instance, et, abandonnant les textes cités aux conclusions des parties, déclarer qu'il y a violation de certaines règles par lui désignées. On doit même rappeler que, ainsi que le veut la procédure anglaise, le juge prend quelquefois une part active à l'organisation de l'instance et guide le choix des parties quant à la règle qu'il faut invoquer.

On peut aussi, en restant sur le terrain de la procédure française, démontrer simplement que le juge part toujours des faits pour s'élever à la loi. Revenant à l'exemple donné, ne voit-on pas que le juge ne peut déclarer la loi de 1898 inapplicable (nous employons à dessein le langage courant) qu'*après* avoir constaté qu'il ne s'agit pas d'un ouvrier, mais d'un tâcheron ? Le fait que les parties, avant de s'attaquer à la résolution des questions concrètes dont dépend ici l'issue du débat, auront invoqué la loi de 1898 ne prouve rien. On ne peut savoir si elles ont eu tort ou raison qu'une fois la situation de fait connue. Et dire que cette loi ne peut s'appliquer équivaut à dire que le juge, ayant fait choix d'une certaine règle, a constaté que son choix ne correspondait pas à celui du demandeur. Le choix du juge reste alors, le plus souvent, à l'état d'embryon et n'est pas formulé. Il serait conduit à terme et exprimé

si la procédure française en avait donné au magistrat le pouvoir et la mission.

Nous concluons donc que la fonction juridictionnelle et la fonction d'exécution ont à résoudre l'une et l'autre des questions de droit principales, dont la nature les différencie. Pour obtenir cette question de droit principale, il faut résoudre, dans l'un et l'autre cas, des questions abstraites et concrètes. Mais les processus sont inversés. La fonction d'exécution part de la loi et descend dans les faits, la fonction juridictionnelle part des faits et remonte vers la loi.

SECTION III

LA TROISIÈME PARTIE DE L'ACTE JURIDICTIONNEL

LA RÉPONSE A LA QUESTION DE VIOLATION DE LA RÈGLE

La question principale est posée. Nous savons qu'elle résulte de la confrontation des deux premiers éléments de l'acte juridictionnel. Le premier est constitué par l'ensemble des solutions de droit concrètes, communément appelées « faits de la cause », le second par une solution de droit abstraite qui indique au juge ce que, pour rester conforme au droit, doit être l'exécution de la règle. Nous avons déjà pu écrire que la question de droit principale est la confrontation « entre ce qui est au regard du droit et ce qui, au regard du droit, doit être ». Elle se résume toujours ainsi : la règle a-t-elle été violée ?

La réponse est oui ou non.

L'acte juridictionnel est terminé.

Et nous aurions tout dit de ce qui, à notre sens, joue un rôle dans l'élaboration de l'acte juridictionnel, s'il ne fallait s'arrêter un instant sur ce qu'on appelle « *qualification* ». Il est certain qu'on en parle surtout (c'est

pourquoi nous en traitons ici) au sujet de la réponse à la question principale, et, particulièrement, quand il s'agit d'une infraction pénale. Tel fait, disent les arrêts de renvoi de la Chambre des mises en accusation, est « prévu et qualifié » par tel et tel article du Code pénal. Comprenons que la Chambre des mises en accusation accuse un individu d'avoir violé une certaine règle, violation qui, dans le langage criminel, porte la qualification de crime.

Le problème de la qualification est de ceux qu'on a le moins étudiés. Il semble qu'on le considère comme strictement juridictionnel, et la jurisprudence admet que l'autorité de la chose jugée s'attache aux faits *munis de leur qualification*.

En réalité, ce n'est pas procéder à un acte d'ordre juridictionnel que de « qualifier » un fait. Il s'agit là d'une opération élémentaire dont aucune activité juridique ne peut se passer. Nous croyons qu'un acte juridictionnel, aussi bien qu'un acte administratif, n'est qu'une longue suite de *qualifications*. Il y a, entre les deux, la différence déjà signalée : alors que, dans le cadre juridictionnel, la loi a fait preuve, dans certains cas tout au moins, d'une grande précision, elle s'abstient, les mêmes besoins se faisant moins pressants, de qualifier avec exactitude dans le cadre de l'exécution.

Prenons, d'abord, l'acte juridictionnel. Une fois réalisée l'interprétation de la règle relative aux modes de preuves, le juge se demande si les modes de preuves qu'on lui offre correspondent bien à ceux qu'a prévus la règle. Pour répondre, il *qualifie* les modes de preuves offerts, c'est-à-dire qu'il établit une concordance entre la loi abstraite et l'exemple concret de la preuve offerte. S'il accepte le mode

de preuve, il en résultera qu'un fait (nous prenons ce mot dans le sens très large que nous avons défini) sera établi au regard du droit. Ce fait concret rentrera dans une catégorie abstraite que la loi a prévue. C'est une *qualification*. Dans l'immense majorité des cas, la loi n'aura pas donné de nom précis. Mais elle le fait parfois. Attendre un individu derrière un mur s'appelle guet-apens. Le fait de rencontrer une personne par hasard n'a reçu aucune qualification nominale : pourtant il peut conduire à une dispute, et, de là, à un meurtre. La loi n'a pu baptiser que les cas les plus intéressants, et les cas prévus de la sorte sont peu nombreux. Ceci n'empêche pas que toute circonstance doit être considérée comme qualifiée par une loi supposée, naturellement, idéale, et, en effet, toute circonstance peut, si elle fait l'objet d'une solution concrète, être qualifiée de « démontrée à l'égard du droit ».

Il arrive que la loi réunisse plusieurs circonstances déjà qualifiées pour en construire une hypothèse plus complexe à laquelle elle croit devoir s'attacher, et qualifie à nouveau cette hypothèse. Tel l'assassinat qui suppose un meurtre et un guet-apens; tel l'abus de confiance, qui suppose un contrat et un détournement (dans le cas prévu par l'art. 408 C. pén.); tel l'accident du travail, qui suppose un louage de service et un dommage corporel survenu à l'ouvrier.

La qualification devient donc de plus en plus compréhensive. Du moyen de preuve, elle passe au fait, puis à un ensemble de faits. Elle va parfois plus loin encore et saisit, au lieu d'une réponse à une question concrète, la réponse à la question de violation de la règle. Cette violation de la règle qu'est l'assassinat, la loi la qualifie crime.

La qualification est la transposition dans la réalité de la loi abstraite. Cette opération se retrouve identique dans les actes de la fonction d'exécution.

Prenons le cas d'un préfet qui s'apprête à accorder à un industriel, conformément aux articles 8 et 9 de la loi du 13 juillet 1906, une autorisation de roulement pour le repos hebdomadaire. La loi soumet cette autorisation à certaines conditions. Pour les vérifier, le préfet aura recours à des moyens de preuves, par exemple une enquête. Charger un inspecteur de recueillir des renseignements, c'est *qualifier* enquête une certaine activité. Il résulte de cette enquête que tels et tels faits sont établis. Ils correspondent aux conditions que la loi prévoit. Le constater revient à *qualifier* ces faits. Le préfet peut alors procéder à un acte administratif condition.

Nous avons pris autrefois l'exemple du préfet qui veut nommer un instituteur. De multiples conditions doivent être remplies. Le préfet commence par qualifier le moyen de preuve qu'on lui offre : extrait de naissance, certificats divers, puis il qualifie les faits : ce candidat est Français, a fait son stage. Ces faits correspondent aux conditions requises, et le préfet peut signer la nomination.

La qualification est très minutieuse en matière juridictionnelle. Ici, elle est beaucoup plus vague. Les moyens de preuves sont moins spécialisés. Mais l'opération dont nous parlons subsiste : transposition de la règle dans le concret.

On peut dire que la qualification est l'outil qu'utilise toute activité juridique étatique pour façonner la matière juridique.

SECTION IV

ANALYSE DE L'ACTE JURIDICTIONNEL DANS L'HYPOTHÈSE OU IL EST LE PLUS COMPLEXE. L'ACTE JURIDICTIONNEL PRÉALABLE

Avant d'abandonner l'étude de l'acte juridictionnel, il faut signaler le cas particulier où *l'élaboration de la question de droit principale exige la solution d'une question posée sur la violation de la règle. Il y a alors acte juridictionnel, au sens matériel*, et cet acte juridictionnel apparaît comme l'un des éléments constitutifs de la question de droit principale.

Nous en trouvons un premier exemple dans l'hypothèse visée par l'article 471 du Code pénal, ainsi conçu : « Seront punis d'amende depuis 1 franc jusqu'à 5 francs, exclusivement... Ceux qui auront contrevenu aux règlements *légalement faits* par l'autorité administrative, et... » Le tribunal répressif doit, en vertu de ce texte, se demander si le règlement est légalement fait par l'autorité administrative : dans l'affirmative, et dans ce cas seulement, il peut condamner. Ce texte joue un rôle très important, et il donne naissance à la question de l'appréciation de la légalité des actes administratifs par les tribunaux judiciaires. M. Lureau, qui a consacré à ce sujet une thèse de doctorat dont nous avons déjà parlé à diverses reprises, a, notamment, fort bien vu que l'article 471 du Code pénal rend nécessaire un acte juridictionnel accessoire pour permettre d'arriver à un acte juridictionnel principal⁽¹⁰⁾. Puisque le juge se pose une question de légalité, il est évident qu'il fait un acte juridictionnel au sens matériel.

(10) Lureau, *op. cit.*, p. 180.

Avant lui, M. Réglaude avait saisi le caractère juridictionnel de cet acte préalable. Mais, acceptant la théorie de Duguit sur la liaison intime de la solution de droit et de la décision consécutive (et sur ce nous reviendrons longuement à la section suivante), il ne consentait à y voir qu'un acte juridictionnel incomplet⁽¹¹⁾. Nous croyons, au contraire, qu'il faut y voir un acte complet, puisque, ainsi que nous l'avons déjà dit et ainsi que nous le montrerons mieux encore, la décision consécutive ne peut faire partie de l'acte juridictionnel.

Le paragraphe 15 de l'article 471 du Code pénal nous paraît être, dans le droit français, une anomalie. Rien ne justifie cette incursion du pouvoir judiciaire dans un domaine où une juridiction spéciale est normalement compétente. Les conceptions juridiques françaises sur la séparation des pouvoirs ne peuvent se concilier avec cet article du Code pénal.

Car, si le problème se pose à l'échelon « règlement », il peut se poser, pour des raisons identiques, à l'échelon « loi ». Il prend alors la forme bien connue de l'exception d'inconstitutionnalité. Soulever cette exception devant un tribunal, c'est demander de vérifier, pour parvenir ensuite à l'acte juridictionnel principal, la légalité d'une loi. C'est donc demander de procéder à un acte juridictionnel accessoire, ou, pour mieux dire, préalable. Entre le cas présent et le cas prévu par l'article 471, il n'y a qu'une différence de degré. Or, en droit français, l'exception d'inconstitutionnalité n'est pas admise⁽¹²⁾. On ne peut que

(11) Voir Réglaude, *Exception d'illégalité en France* (*Revue de droit public*, 1923, p. 396).

(12) Il faut signaler néanmoins qu'il se produit dans la doctrine française un courant très favorable à l'exception d'inconstitutionnalité. Si ce courant l'emportait, l'article 471 du Code pénal cesserait d'être un texte

noter la différence introduite ici pour des raisons formelles.

exceptionnel pour devenir l'expression légale, à propos du règlement, de cette vérité générale : toute activité d'ordre juridique étant exécution d'une règle, quel que soit le degré de cette règle il se pose une question de légalité de l'exécution, et l'appréciation de cette légalité est, à tous les degrés, l'objet d'un acte juridictionnel.

Nous rappelons que l'exception d'inconstitutionnalité a eu sa dernière heure de célébrité au moment de l'enquête sur les fonds électoraux consécutive aux élections du 11 mai 1924. Une commission parlementaire avait été nommée, qui avait reçu le pouvoir de faire prêter serment. M. Antony Ratier, sénateur, ayant refusé de prêter serment, était poursuivi devant le tribunal correctionnel. Son avocat, M. Paul Reynaud, souleva l'exception d'inconstitutionnalité. M. Ratier fut condamné. La quasi-unanimité de la doctrine blâma le verdict. A l'audience, M. Berthélemy, doyen de la Faculté de Paris, avait plaidé la cause de l'exception, mais en vain. Il répéta son opinion dans une interview prise par M. Georges Suarez et publiée dans le journal *le Temps*, avec une série de réponses, rigoureusement conformes à celle de M. Berthélemy, de MM. Mestre, Duguit, Hauriou (V. *le Temps* des 14, 15, 19, 29 novembre 1925). M. Berthélemy, enfin, fit, à l'Académie des sciences morales et politiques, une communication sur le même sujet à la séance du 14 novembre 1925 (V. *Comptes rendus*, 1926. 2. 51).

Nous croyons devoir citer un passage de M. Paul Reynaud tiré de la communication qu'il fit au journal *le Temps* : « Est-ce qu'un juge de paix tenant son audience de simple police a qualité pour briser les décisions du pouvoir exécutif ? Non, *et pourtant il arrive fréquemment qu'il refuse de les appliquer quand elles sont contraires à la loi*. Tenez : avant la guerre, le maire socialiste de Kremlin-Bicêtre, voulant prouver qu'il était un esprit émancipé, prit un arrêté interdisant le port du costume ecclésiastique sur le territoire de la commune. Le lendemain, le curé du lieu sortit en soutane, comme la veille, et fut assigné en simple police. Le juge refusa d'appliquer l'arrêté parce qu'il était illégal. *De même les tribunaux doivent refuser d'appliquer la loi Rochette, parce qu'elle est contraire à la Constitution*. » (*Temps*, 14 nov. 1925.) Cette loi Rochette est une loi de 1914, qui, à propos de l'affaire Rochette, a donné aux commissions d'enquête le pouvoir de faire prêter serment, et qui, par conséquent, était en 1924 l'objet des critiques de la doctrine.

Dans le passage cité, M. Reynaud ne nomme pas l'article 471 C. pén.; mais c'est de lui qu'il s'agit. Nous voyons ainsi que le rapprochement entre cet article et l'exception d'inconstitutionnalité est explicitement fait. Il s'agit, à des degrés différents de l'échelle, d'un acte juridictionnel préalable, préparatoire à l'acte juridictionnel principal.

Avant même que les événements politiques des années 1924 et 1925 n'aient ramené l'attention sur l'exception d'inconstitutionnalité, M. Réglaude avait écrit qu'elle « joue à l'égard des lois aux Etats-Unis, exactement le même rôle que l'exception d'illégalité en France à l'égard des règlements

Quoi qu'il en soit, il est certain que cet acte juridictionnel accessoire et préalable à l'acte juridictionnel principal n'est qu'un moyen pour arriver à cet acte principal. Son objet n'est pas de constater une violation de la règle pour permettre, ensuite, la naissance d'une décision réparatrice de cette violation. Son objet est de constater une violation de la règle pour permettre de dire si une autre violation existe ou n'existe pas. C'est la seule réparation de cette dernière que l'on poursuit. Il en résulte que, aucune décision consécutive à l'acte juridictionnel préalable n'étant prise, la violation constatée par lui, si violation il y a, n'est pas réparée. Le règlement illégal subsiste, la loi inconstitutionnelle, si l'exception d'inconstitutionnalité était admise, serait maintenue.

On peut en déduire, semble-t-il, qu'un autre tribunal,

et a absolument la même nature. » (*Exception d'illégalité en France, Revue de droit public*, 1923, p. 418.)

Plus près de nous, des auteurs ont repris ce rapprochement de l'illégalité des règlements et de l'inconstitutionnalité des lois. M. Mestre donne la conclusion suivante à son étude sur l'exception d'illégalité :

« Si donc l'examen de la validité du règlement n'a pas été considéré comme un empiétement sur l'administration, l'examen de constitutionnalité de la loi ne saurait être considéré comme un empiétement sur le législateur. Et cette opinion se confirme à la lecture des constitutions révolutionnaires, et notamment des textes comme ceux de la garantie des droits qui ouvre la Constitution de 1791 : « Le pouvoir législatif ne pourra faire aucune loi qui porte atteinte et mette obstacle à l'exercice des droits naturels et civils... garantis par la Constitution. »

» En présence de l'importante jurisprudence sur le contrôle de la légalité des règlements, qui a pour effet de neutraliser les entreprises inconstitutionnelles de l'exécutif, il n'est pas, croyons-nous, possible de dire que la France n'a pas de juridiction constitutionnelle, puisque la Cour de cassation reconnaît à nos tribunaux de tous les degrés le droit et le devoir de ne tenir aucun compte des règlements par lesquels l'exécutif aurait outrepassé ses pouvoirs constitutionnels. Les raisons d'appliquer les mêmes solutions à l'inconstitutionnalité des lois sont identiques. » (Mestre, *Recherche sur l'exception d'illégalité, Mélanges Hauriou*, p. 599.)

M. Trotabas, dans son livre intitulé *Constitution et gouvernement de la France*, a exposé les mêmes idées, et de façon particulièrement nette. Voir p. 68 à 91.

saisi d'une affaire analogue, pourra émettre un avis tout différent, et déclarer légal un règlement précédemment déclaré illégal. M. Réglade, puis M. Lureau, ont énoncé cette conclusion ⁽¹³⁾. Elle leur paraît toute naturelle. En réalité, la question mérite examen. Le raisonnement précédent, qui semble péremptoire, ne présente qu'une face du problème. Quant à l'autre face, il est trop tôt pour l'étudier. Il nous faut, auparavant, élucider la nature de l'autorité de la chose jugée, montrer à quels éléments *elle s'applique ou ne s'applique pas à l'intérieur de l'acte juridictionnel*. Cela fait, nous pourrons essayer de nous demander ce qu'il faut penser d'un règlement reconnu illégal par voie d'exception, quelles doivent être sa valeur et sa force dans l'avenir.

L'hypothèse de l'exception d'illégalité ou d'inconstitutionnalité n'est pas la seule où puisse apparaître l'acte juridictionnel préalable. Il faut se garder de vouloir trouver en celui-ci une rareté, car il est, au contraire, très fréquent. Raisonnons sur l'hypothèse, réalisée chaque jour des milliers de fois, où un contrat synallagmatique spécifie que la prestation promise par l'un des contractants ne sera exigible que si l'autre contractant a préalablement satisfait à son obligation : par exemple, l'acheteur ne paiera le prix qu'une fois la chose livrée. Supposons que celle des parties au contrat qui devait exécuter la première intente une action en exécution de ce contrat. Elle s'efforcera de faire constater par le juge une certaine violation de la loi commise par le défendeur au procès. Celui-ci, à supposer que le demandeur n'ait pas exécuté le premier ainsi qu'il y était tenu, répliquera en sollici-

(13) Voir Réglade, *loc. cit.*, p. 416 et suiv., et Lureau, *op. cit.*, p. 207 et 208.

tant du juge la constatation d'une autre violation de la loi, celle du demandeur. Le juge, avant de statuer sur la prétendue violation commise par le défendeur, devra donc, au préalable, répondre à une question principale relative à une autre violation de la loi. Il fera donc un acte juridictionnel préalable.

Nous aurons l'occasion de revenir sur cette hypothèse. Nous avons voulu montrer ici quelle quantité d'actes juridictionnels préalables sont rendus chaque jour.

SECTION V

NATURE JURIDIQUE DE L'ACTE JURIDICTIONNEL

Le rôle de la volonté. Distinction de l'acte juridictionnel et de la décision consécutive.

De notre analyse, il résulte que l'acte juridictionnel est composé de trois parties, que l'on peut, en bloc, qualifier ainsi : le fait, la loi, la conclusion sur la violation de la loi. Cette constitution tripartite, aperçue depuis fort longtemps, a fait dire de l'acte juridictionnel qu'il se réduisait à un syllogisme : la majeure serait la règle de droit, la mineure la constatation de l'espèce concrète, la conclusion la réponse donnée par le juge. Cette figuration de l'acte juridictionnel n'est pas fausse, mais on ne peut pas dire qu'elle soit tout à fait exacte. Car, ainsi que nous l'avons montré, on ne part pas, dans le processus de l'acte juridictionnel, de la loi. On part des faits. Au contraire l'acte d'exécution s'analyse en un syllogisme parfait.

Nous devons maintenant signaler, et c'est une conclusion que la logique nous a permis de poser depuis longtemps déjà, que *l'acte juridictionnel ne comporte aucune opération de la volonté*. Dans tout le processus complexe,

depuis les questions de droit abstraites jusqu'à la solution de la question de droit principale, il est rigoureusement impossible de rien trouver qui soit du domaine « volonté ». Nous découvrons des interprétations de la loi, nous découvrons des constatations, lesquelles permettent d'affirmer que, aux yeux de cette loi, tel fait aura une existence certaine. Nous trouvons enfin une réponse à la question de violation de la règle. Rien, dans tout cela, qui ne soit œuvre d'intelligence pure.

Duguit nous dit que ce caractère de l'acte juridictionnel a été aperçu depuis longtemps par l'auteur allemand Laband. « Pour Laband, l'acte de juridiction n'est pas un acte de volonté, à la différence de l'acte d'administration qui est essentiellement un acte de volonté. L'acte de juridiction est seulement une opération de l'intelligence; il consiste dans l'établissement avec force obligatoire d'un rapport de droit concret, dans la reconnaissance, le refus, la fixation d'un droit et aussi la reconnaissance de l'application d'une règle dans un cas concret. Ainsi Laband écrit: « La décision juridictionnelle consiste dans l'adaptation » d'une situation donnée au droit existant. C'est une opération logique indépendante de la volonté; elle se résout » en un syllogisme dont la majeure est la règle de droit » législative, la mineure la constatation de l'espèce concrète soumise au juge, et la conclusion la décision du » juge. » Ainsi, continue Laband, le juge peut se tromper relativement à la règle de droit et aux conséquences qui en résultent relativement aux faits qui lui sont soumis. Mais si le juge procède régulièrement, il ne peut pas résoudre le même cas différemment suivant son bon plaisir. Il ne fait pas acte de volonté, il ne peut pas mettre sa volonté à la place de l'opération logique qui est dominée par une ma-

jeure et par une mineure suivant la loi de l'esprit humain. » (14).

Duguit écrit encore au sujet de l'œuvre du juriste italien Rocco les lignes suivantes : « Rocco fait une analyse de l'acte juridictionnel dans laquelle il est difficile de ne pas apercevoir l'influence de Laband et de Jellinek. Il définit la sentence juridictionnelle : l'acte par lequel l'Etat, au moyen des organes de juridiction, applique la norme à un cas déterminé et déclare quelle protection juridique le droit objectif accorde à l'intérêt en jeu. La norme juridique est abstraite; elle a besoin de devenir contrète; c'est le juge qui la rend concrète. Mais pour Rocco comme pour Laband, dans cette opération, le juge n'apporte aucune volonté propre à la volonté déjà manifestée par l'organe législatif. Son opération est une pure opération logique; c'est un syllogisme. La sentence ne contient pas d'autre volonté que celle de la loi traduite en la forme concrète par la décision du juge. » (15).

Nous sommes d'accord avec Laband et Rocco pour dire que l'acte juridictionnel ne peut apparaître comme un acte de volonté. Mais alors, répliquera-t-on, il ne peut produire de modification dans l'ordonnancement juridique, et dès lors, il n'a, juridiquement parlant, aucune valeur. L'argument est admirablement présenté par Duguit. Il a certainement fait une grosse impression sur M. Lureau qui, dans sa thèse de doctorat, essaie de transformer l'acte juridictionnel en un acte de volonté. Estimant avec M. Jèze que la décision consécutive à l'acte juridictionnel doit être soigneusement distinguée de cet acte juridictionnel, et constatant la nature

(14) Voir Duguit, *Traité*, II, p. 450, et Laband, *Droit public*, édition française, 1901, II, p. 514.

(15) *Id.*, *Ibid.*, p. 453.

sylogistique de ce dernier, il écrit : « Mais si le sens de la réponse du juge qui statue sur une question de droit posée est commandée par la constatation qu'il vient de faire, s'il apparaît comme le résultat d'un syllogisme dont la majeure est la règle de droit et la mineure les faits, *la réponse elle-même, déclaration du juge, ne constitue pas moins de sa part une manifestation de volonté à fin de droit*, un acte juridique dont l'effet sur l'ordonnement juridique est double. » ⁽¹⁶⁾. Tout cela nous paraît être une pure affirmation.

Mais nous sommes ici ramené à l'une des conclusions que nous avons, jadis, déduites du caractère interne de l'acte juridictionnel. Celui-ci ne peut être qu'une réponse à une question de violation de la loi; s'il était autre chose, il disparaîtrait parmi les actes de la fonction d'exécution telle que nous l'avons définie. Il en résulte qu'un acte qui ait pour rôle de *réparer* la violation constatée devient nécessaire. Pour cela, un seul moyen : créer, modifier, supprimer des situations ou des actes juridiques. Ce sera l'œuvre d'un acte juridique, par conséquent *acte de volonté*. Nous l'appellerons, avec tous les auteurs, la *décision consécutive*. Le problème se présente donc ainsi : l'acte juridictionnel sera ou ne sera pas acte de volonté suivant que la décision consécutive fera ou ne fera pas partie de l'acte juridictionnel. Nous croyons qu'elle n'en fait pas partie et nous dirons bientôt pourquoi. M. Jèze et M. Lureau après lui sont de cet avis, pour des motifs qui ne nous paraissent pas pertinents. Duguit, au contraire, a fait reposer toute sa théorie de l'acte juridictionnel sur le lien indissoluble qui, dit-il, existerait entre la constatation et la décision consécutive ⁽¹⁷⁾. Ainsi, pour Duguit, l'acte juridictionnel n'a

(16) Lureau, p. 171.

(17) Duguit, 3^e éd., t. II, p. 429 et suiv.

pas de peine à être un acte de volonté. Pour M. Jèze la chose est plus malaisée puisque la décision consécutive ne fait pas partie de l'acte juridictionnel. Il maintient néanmoins le caractère d'acte de volonté de ce dernier, et n'hésite pas à écrire dans sa troisième et dernière édition des *Principes de droit administratif* : « L'acte juridictionnel est la manifestation de volonté, en exercice d'un pouvoir légal qui a pour objet de constater une situation juridique... ou des faits avec force de vérité légale. » ⁽¹⁸⁾. La chose est affirmée en tête d'un chapitre, comme allant de soi.

A ceci nous répondrons, d'abord, que tout acte, toute manifestation extérieure et réfléchie suppose un élément de volonté. Pour agir, il faut vouloir. Pour dire « je me porte bien », il faut l'avoir voulu, sauf hypothèse pathologique, qui ne saurait nous intéresser. Or, nous ne croyons pas qu'après avoir prononcé une telle parole, on n'ait rien modifié à quoi que ce soit. La volonté a certainement joué un rôle. Pour dire « la maison n° 12 est plus élevée que la maison n° 10 », il faut encore l'avoir voulu. Il n'est pas douteux cependant que rien de nouveau n'est apparu. Il y a là une simple constatation, qui, grâce à la volonté, a pu avoir lieu d'abord et s'exprimer ensuite. Est-il nécessaire de faire remarquer qu'un tel élément de volonté n'a, juridiquement parlant, aucun intérêt?

Supposons maintenant que nous déclarions : « Je suis prêt à vous acheter un cheval pour tel prix. » Pour formuler mentalement et physiquement une pareille pensée nous aurons fait appel à l'élément volonté dont nous venons de parler; cet élément ne peut nous retenir. Mais nous aurons aussi fait appel à un autre élément volonté, puisque nous

(18) Voir Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, 3^e éd., I., p. 48.

voulons acheter un cheval. Cet élément est, juridiquement parlant, la source d'une situation nouvelle. Si l'on suit les théories de Duguit on dira qu'il est la condition, le déclic de l'application de la règle de droit. Cet élément volonté a entraîné une modification dans l'ordonnement juridique, et sans lui cette modification n'eût pas été.

Revenons maintenant à l'acte juridictionnel. Il se présente sous la forme d'une confrontation entre ce qui fut et ce qui aurait dû être. Le juge observe. A-t-il l'intention de faire apparaître quelque chose de nouveau? Nullement. Oriente-t-il sa volonté pour qu'elle ait un résultat créateur? Pas davantage. Il déclare : la loi a été ou n'a pas été violée. A-t-il fait appel à sa volonté? Oui, dans la mesure où il faut vouloir pour formuler et exprimer n'importe quelle pensée, non, s'il s'agit de faire produire à cette volonté des effets juridiques. Constater une violation de la légalité ne peut en aucune façon être considéré, du point de vue juridique, comme un acte de *volonté*.

Malgré l'autorité de M. Jèze nous concluons donc que l'acte juridictionnel *n'est pas un acte de volonté. Nous n'y pouvons donc pas voir davantage un acte juridique.* Nous affirmons enfin qu'aucune modification dans l'ordonnement juridique n'en résulte.

Mais l'acte juridictionnel sera suivi d'une décision qui sera, elle, un acte de volonté. Cette décision sera absolument distincte de l'acte juridictionnel, et nous savons déjà que le juge, lorsqu'il prend cette décision, agit, non plus comme agent juridictionnel, mais comme agent d'exécution. Il faut établir entre l'acte juridictionnel, acte d'intelligence pure, et la décision qui le suit, acte de volonté, une séparation complète.

Il y a déjà longtemps que certains auteurs ont eu l'intui-

tion de la différence qui existe entre l'acte juridictionnel et la décision. Hauriou, dans ses deux articles intitulés *Les éléments du contentieux* (*Recueil de législation de Toulouse*, 1905 et 1907) a nettement affirmé que la décision *avait un caractère administratif*. Nous faisons d'ores et déjà toutes réserves sur le caractère administratif de la décision. Mais nous notons qu'Hauriou a senti, sans oser en tirer toutes les conséquences, la solution de continuité qui existe entre les deux actes. M. Jèze a exprimé la même idée sous une forme différente : « La constatation une fois faite, le juge peut être appelé à prendre comme conséquence de cette constatation des décisions de nature différente; mais la constatation étant l'élément essentiel, c'est d'après l'objet de la constatation qu'il convient de classer les recours juridictionnels : l'objet de la décision complémentaire est secondaire. » (19).

Si nous tombons d'accord avec M. Jèze pour dire qu'une classification des recours juridictionnels ne peut se faire que d'après l'objet de la constatation, nous ne le suivons plus sur d'autres points. Nous n'acceptons pas, d'abord, cette « hiérarchisation » des valeurs entre l'acte juridictionnel et la décision consécutive. L'un et l'autre nous paraissent également importants. Sans l'acte juridictionnel la décision ne saurait exister; sans décision, l'acte juridictionnel serait fréquemment voué à la stérilité.

Nous ne pouvons pas affirmer, ensuite, que M. Jèze opère entre l'acte juridictionnel et la décision consécutive une séparation absolue. Le caractère « secondaire » de la décision est repris par lui dans la troisième édition des *Principes*, et la phrase, si nous la comprenons bien, laisse entendre qu'il y a un « acte de juridiction », acte complexe, dont

(19) Jèze, *Revue de droit public*, 1909, p. 677.

la constatation serait l'élément essentiel et la décision consécutive un élément accessoire, susceptible de disparaître parfois⁽²⁰⁾. Quant à nous, nous considérons que les deux opérations en question n'ont rien de commun, *qu'elles sont du ressort de deux fonctions différentes* (fonction juridictionnelle, fonction d'exécution), et qu'il faut pousser la séparation que M. Jèze semble, quand même, opérer entre elles, jusqu'aux limites du possible.

Nous ne pouvons pas, enfin, nous approprier les raisons que M. Jèze, en admettant qu'il l'accepte, donne de cette scission dans l'activité du juge. Il nous semble que, pour l'expliquer, l'auteur s'attache surtout à l'argument suivant⁽²¹⁾ : on peut trouver des cas multiples où l'acte juridictionnel n'est suivi d'aucune décision. De là à dire que la décision ne fait pas partie de l'acte juridictionnel, il n'y a qu'un pas : il est franchi par M. Jèze. Cela nous paraît inadmissible. Car l'argument ne prouve qu'une chose : *qu'il y a des actes juridictionnels sans décision*. D'où l'on ne peut déduire que, quand il y a une décision, elle ne fait pas partie de l'acte juridictionnel. On peut seulement affirmer qu'elle n'en est pas un élément essentiel. Nous croyons trouver là l'explication du caractère secondaire dont parle M. Jèze. Aussi le savant professeur échappe-t-il peut-être à notre réplique, à condition toutefois de renoncer à faire de la décision un acte distinct⁽²²⁾.

(20) M. Jèze (*Principes du droit adm.*, 3^e éd., t. I, p. 51), dit, à propos d'une question préjudicielle de nationalité posée dans un procès en annulation d'élection : « Le tribunal civil constate avec force de vérité légale que X... est ou n'est pas de nationalité française. Il ne fait pas autre chose. La conséquence qui en découle touchant la validité de l'élection, ce n'est pas le tribunal civil qui la déduit, c'est le juge de l'élection. C'est bien la preuve que l'essentiel, dans l'acte de juridiction, est la constatation avec force de vérité légale, puisqu'il y a des cas dans lesquels nous trouvons uniquement cette constatation. »

(21) Il est repris par M. Lureau à la page 155.

(22) Mais il est certain que M. Lureau ne peut lui échapper d'aucune manière.

M. Bonnard a repris le raisonnement de M. Jèze. Con vaincu, avec lui et M. Lureau, qu'il y a des actes juridictionnels non suivis de décision, il découvre, ainsi que nous le verrons plus tard, une quantité d'actes juridictionnels dans ce cas. Il en déduit que « la spécificité de l'acte juridictionnel... se réduit à la constatation du juge opérée sur la contestation qui lui est soumise » (23). Il écrit aussi que : « ... la décision n'existe pas dans de nombreux actes juridictionnels et ..., par suite, la décision ne saurait être retenue comme élément spécifique de l'acte juridictionnel. » (24). Nous croyons pouvoir en conclure que, pour M. Bonnard, la décision, quand elle existe, fait partie de l'acte juridictionnel. C'est ce que nous ne pouvons accepter.

La raison de la séparation radicale qu'il faut opérer entre l'acte juridictionnel et la décision consécutive nous paraît tout simple. Ces deux actes sont de natures différentes. L'un (l'acte juridictionnel) est un acte d'intelligence pure; l'autre (la décision) est un acte de volonté. Le premier a pour objet de faire une constatation; l'autre a pour objet de provoquer une modification dans l'ordonnement juridique. Le premier est le moyen d'arriver au second; il donne une solution à la question principale, sans laquelle la décision réparatrice ne saurait avoir lieu. De même, dans le cadre de la fonction d'exécution, la question de droit principale est le moyen d'arriver à l'acterègle, subjectif, condition. Il n'y a qu'une distinction possible entre ces deux genres de questions principales : l'une (dans le cadre exécution) constate que les conditions

(23) Bonnard, *Revue de droit public*, 1930, p. 384.

(24) Id., *ibid.*, p. 387.

prévues pour l'exécution de la règle sont remplies, l'autre (dans le cadre juridiction) constate la violation de la règle. Constatant cette violation, le juge réalise la condition essentielle pour *qu'une certaine activité d'exécution* puisse fonctionner : celle qui répare les violations de la loi. Ainsi, entre l'acte juridictionnel et la décision consécutive nous découvrons une solution de continuité : rien ne saurait nous la faire négliger. *L'acte juridictionnel ne comprend pas la décision consécutive.*

Contre cette séparation en deux parties de l'activité du juge, Duguit s'est élevé avec toute l'énergie de sa puissance dialectique. Les conceptions de M. Jèze, que nous croyons être plutôt en deçà de la réalité, lui firent écrire une page qu'il est indispensable de reproduire ici : « Le rôle du juge s'arrête-il là ? Jèze et plusieurs juristes qui le suivent sur ce point le prétendent. Je ne le crois pas. En effet, si la fonction juridictionnelle consistait uniquement à donner une solution à une question de droit, elle ne serait pas une fonction d'ordre juridique, car elle n'aurait pas pour contenu des actes juridiques. Sans doute, la solution donnée par le juge acquiert force de vérité légale, devient un élément de l'ordonnement juridique ; mais, en réalité, ce n'est pas un élément nouveau. Après que la solution a été donnée, il n'y a rien de plus dans l'ordonnement juridique que ce qu'il y avait auparavant. Si la question était celle de savoir s'il y a eu ou non violation d'une règle, que le juge ait répondu oui ou non, la règle reste intacte, elle est ce qu'elle était après comme avant. Si la question était de savoir s'il y a eu atteinte ou non à une situation de droit objectif ou de droit subjectif, quelle que soit la réponse, les choses restent ce qu'elles étaient auparavant. Si la situation n'existait pas,

elle n'existe pas plus après la solution donnée à la question qu'elle n'existait auparavant. Si, au contraire, elle existait, elle continue d'exister, ni plus ni moins, avec les mêmes caractères et la même étendue. » ⁽²⁵⁾. C'est pour ce motif que M. Réglade, acceptant la théorie de l'acte juridictionnel présentée par Duguit, écrit : « La solution sur l'exception d'illégalité n'est donc, en aucun cas, un acte juridictionnel complet, mais seulement un élément d'un acte juridictionnel, un des motifs de la décision sur la question principale résolue par le juge. » ⁽²⁶⁾.

Duguit s'exprime encore ainsi : « Mais, dit Jèze, la constatation faite par le juge a force de vérité légale; et c'est ce qui fait qu'elle est vraiment une fonction d'ordre juridique. Si je comprend bien cette formule, mon collègue veut dire par là que la constatation faite par le juge étant légalement reconnue, cela implique la capacité ou la compétence pour une certaine volonté de faire un certain acte. Par exemple le jury ayant répondu oui, cela entraîne pour la cour le pouvoir de condamner; s'il a répondu non le pouvoir pour le président d'acquitter; un tribunal civil ayant constaté l'existence d'une créance, cela implique la naissance pour ce même tribunal du pouvoir de prononcer une condamnation pécuniaire contre le défendeur; ou encore, un tribunal ayant constaté la violation de la loi, cela implique pour ce tribunal ou un autre le pouvoir d'annuler l'acte fait en violation de la loi. Dès lors, la constatation du juge n'est autre chose qu'une manifestation de volonté qui est la condition de la naissance pour un agent public d'une certaine compétence. *Ainsi la constatation prise en elle-même ou n'a aucun caractère juridique, ou est tout*

(25) Duguit, *Traité*, 3^e éd., II, p. 429.

(26) Réglade, *loc. cit.*, *Revue de droit public*, 1923, p. 396.

simplement un acte juridique condition, fait par un agent public, par conséquent un acte administratif. L'acte juridictionnel n'aurait donc point un caractère spécifique.

» Ce qui seulement fait que l'acte juridictionnel a un caractère propre, c'est qu'il y a une liaison rationnelle et indissoluble entre la constatation et la décision qui est prise comme conséquence de cette décision. L'agent de juridiction a une mission qui est double sans doute, mais indivisible : faire la constatation et prendre la décision qui est la conséquence de cette constatation... S'il n'en était pas ainsi, il y aurait non pas un acte juridictionnel ayant un caractère spécifique, mais deux actes administratifs successifs. » (27).

Des citations précédentes, il ressort, sans aucun doute, que Duguit consent à voir dans la constatation et dans la décision consécutive une suite de *deux actes-conditions*. Mais il les considère comme réunis par un lien d'une force toute particulière et ce lien donne à l'ensemble le caractère *d'un acte unique de nature propre* : « Ce qui fait précisément que l'acte juridictionnel a un caractère spécifique qui le distingue de l'acte administratif, c'est l'union indissoluble et logique qui existe entre la constatation et la décision qui s'y rattache. » (28). Nous avons déjà dit pourquoi ce lien ne peut pas exister; mais, en admettant qu'il en soit ainsi que le veut Duguit, ce lien suffirait-il pour créer cette nature propre dont l'acte juridictionnel ne saurait se passer ? Nous ne le croyons pas. L'analyse ne révélera jamais que deux actes-conditions, étroitement

(27) Duguit, *Traité*, 3^e éd., II, p. 443.

(28) Duguit, *Traité*, 3^e éd., II, p. 443. Dans la 2^e édition, le mot « rationnelle » se lisait à la place du mot « logique » (p. 331).

unis peut-être, mais actes-conditions quand même et malgré tout ⁽²⁹⁾.

Il n'est qu'un moyen d'échapper à toutes ces contradictions, c'est de constater que l'acte juridictionnel n'est pas un acte juridique. L'erreur de Duguit est d'avoir affirmé que, si l'acte juridictionnel ne se terminait pas par un acte de volonté, il ne pouvait produire aucun résultat juridique. Rien n'empêche de considérer la réponse du juge comme la *condition* de la naissance d'une compétence chez un

(29) M. Vizioz a présenté le même argument dans *Les notions fondamentales de la procédure* : « Quoi qu'il en soit, si la constatation du juge n'est pas autre chose qu'une manifestation de volonté, qui est la condition de la naissance, pour un agent public, d'une certaine compétence, c'est-à-dire si elle n'est qu'un acte-condition, elle rentre dans la catégorie juridique des actes-conditions, et l'on n'aperçoit plus dès lors quel est le caractère spécifique de l'acte juridictionnel, en tant qu'acte juridique. » (P. 37.)

Malgré les efforts évidents que Duguit tente pour échapper à cet argument, malgré cet avertissement limpide de M. Vizioz, M. Lureau est tombé dans l'erreur qui consiste à faire de l'acte juridictionnel un acte-condition. Il écrit page 171 : « En second lieu la déclaration du juge a encore pour effet de lui permettre de rendre une décision. La constatation apparaît par ce côté comme un acte faisant naître au profit d'un agent public une certaine compétence, c'est-à-dire comme acte juridique condition; ce n'est pas par là qu'elle se trouve caractériser l'acte juridictionnel. » Nous avons parfaitement conscience que M. Lureau a senti la valeur de l'argument que MM. Duguit et Vizioz lui opposaient par avance Aussi a-t-il tenté de le tourner. Puisque, pour M. Lureau, l'acte juridictionnel se présente avec tous les caractères d'un acte de volonté, il est évident que cet acte va rentrer dans la catégorie des actes-conditions et perdre ainsi toute espèce de nature propre. Devant quoi M. Lureau recule. Il imagine alors l'argument suivant : sans doute l'acte juridictionnel est un acte-condition, mais c'est là une face accessoire du problème, qui ne révèle pas le caractère de l'acte juridictionnel. Celui-ci est défini par le fait qu'une question de droit est posée *principalement et directement au juge*, cette question « étant considérée comme une fin, et non comme un simple moyen de réalisation d'une activité étatique ». Or nous savons que cela est faux. L'acte juridictionnel n'est jamais une fin. La solution d'une question de droit principale, que l'on retrouve aussi bien dans la fonction d'exécution que dans la fonction juridictionnelle, n'est qu'un moyen. — En admettant d'ailleurs que M. Lureau ait raison sur ce dernier point, l'acte juridictionnel resterait toujours un acte-condition, ce qui revient à lui enlever toute existence propre.

autre agent, la condition de la compétence nécessaire pour faire la décision consécutive. Nous disons bien *condition*, et non pas *acte-condition*. Et c'est dans la confusion de ces deux termes que nous voulons voir l'erreur commise par Duguit.

Le juge dit : « oui (ou non), la règle a été violée. » La compétence pour réaliser la décision consécutive naît. Il n'y a eu dans cet acte juridictionnel aucune part de volonté. Il ne peut donc y avoir d'acte juridique, et, spécialement, pas d'acte-condition. D'où il résulte qu'on ne saurait nous adresser le reproche, formulé par Duguit à la fin de son paragraphe, de transformer l'acte juridictionnel en un acte administratif.

Qu'on ne vienne pas nous dire que l'acte juridictionnel, n'étant que réponse à une question de droit, ne peut rien apporter de nouveau. Le fait de rendre possible la décision consécutive nous paraît un apport de quelque importance.

Qu'on ne vienne pas nous dire, enfin, que la condition ne produit pas d'effet juridique par elle-même, qu'elle n'en produit qu'autant qu'un acte juridique l'a prévue. Nous répondrions que la loi en prévoit aussi, et que s'il est une condition que la loi a prévue, c'est bien celle-là (30).

(30) Nous affirmons donc qu'il faut distinguer avec soin l'acte juridictionnel (acte d'intelligence) de la décision consécutive (acte de volonté). Nous signalerons toutefois que la doctrine italienne récente, adoptant une philosophie toute différente, donne une importance quasi exclusive à la décision consécutive, importance auprès de laquelle celle de la constatation disparaît. Dans la pensée des juristes italiens, le rôle du juge n'est pas de constater un fait ou des faits, mais de prendre une décision, de donner un ordre, de mettre en mouvement des moyens de contrainte. Ils savent que, avant d'en arriver à cet acte de volonté, l'activité du juge doit suivre un processus purement intellectuel. Celui-ci n'a de valeur, pensent-ils, que dans la mesure où il conduit à l'acte de volonté. Et quand l'acte de volonté est accompli, tout ce qui le précède disparaît.

Nous croyons donc qu'il existe une séparation entre l'acte juridictionnel et la décision consécutive. Il importe, pour être complet, de transporter le raisonnement qui nous conduit à une telle conclusion dans le cadre de la fonction d'exécution. Nous savons que l'élaboration d'un acte d'exécution demande la constitution et la solution d'une question de droit principale, question identique, quant à ses éléments, à la question de droit principale constitutive de l'acte juridictionnel. La solution de cette question principale est, elle aussi, un acte d'intelligence pure, et elle conditionne l'acte juridique consécutif, acte de volonté, comme la réponse à la question de violation de la règle conditionne la décision consécutive. Elle en diffère seulement par le fait qu'elle conclut à l'application de la loi. Il résulte de tout ceci que, si nous trouvons dans leur différence de nature une raison d'opérer une séparation absolue entre l'acte juridictionnel et la décision consécutive, cette même différence de nature contraint à opérer la même séparation entre la solution de la question relative à l'application de la loi et l'acte juridique consécutif. On peut donc affirmer, semble-t-il, que, si l'acte juridictionnel ne contient pas la décision consécutive, l'acte d'exécution, qui est acte de volonté, ne doit pas contenir la solution de la question principale.

M. Chiovenda a pu écrire que : « il giudice non è soltanto un logico, è un magistrato, Raggiunto lo scopo di dare una formulazione della volontà della legge, l'elemento logico nel processo perde ogni importanza » (*Principi di diritto processuale civile*, p. 909). Nous ne pouvons accepter naturellement, cette affirmation. Notre conception du rôle du juge est l'opposé de cette conception-là. Sans vouloir enlever à la décision consécutive une parcelle de sa valeur, nous persistons à dire que le juge a pour rôle, dans une procédure juridictionnelle, de constater des faits, de façon plus précise, un fait, le fait de la violation de la règle, et que, dans cette constatation, la volonté n'a aucune part. Elle ne joue que dans la mesure où il faut vouloir pour penser. Et cela, nous l'avons dit, est dépourvu de toute valeur juridique.

Une telle conclusion, si elle était vraiment fondée, ne nous gênerait nullement. Le parallèle que nous avons établi entre la fonction juridictionnelle et la fonction d'exécution n'avait d'autre but que de déceler la présence des éléments constitutifs de l'acte juridictionnel (questions abstraites, concrètes, principales) dans la genèse d'actes qui, certainement, n'ont aucun caractère juridictionnel. Mais peu importe que les actes dans lesquels ces éléments trouvent place puissent être des actes de volonté ou des actes d'intelligence. *Il nous suffit, pour l'étude de l'autorité de la chose jugée, qu'ils ne soient pas des actes juridictionnels.*

Ceci dit, nous indiquerons qu'il est une différence, la troisième et dernière que nous puissions relever, entre l'acte d'exécution et l'acte juridictionnel (31). *Alors que l'acte juridictionnel (acte d'intelligence) doit être séparé de la décision consécutive (acte de volonté), l'acte d'exécution (acte de volonté) ne peut être séparé de la question principale préalable (acte d'intelligence).* Si nous nous souvenons que Duguit voulait établir une liaison indissoluble entre la solution de la question de droit et l'acte juridique, ce dont il faisait le caractère propre de l'acte juridictionnel, nous pourrions ajouter : la liaison dont parlait Duguit existe, non pas dans l'acte juridictionnel, ainsi qu'il l'enseignait, mais dans l'acte d'exécution.

Pour le démontrer, il faut examiner de près le rôle que joue chacune des réponses aux questions de droit principales qui nous intéressent. Prenons, d'abord, le cas de

(31) Nous rappelons les deux premières différences : 1^o l'acte d'exécution s'attache à l'exécution de la règle, l'acte juridictionnel en constate la violation; 2^o l'acte d'exécution part de la loi et descend dans les faits, l'acte juridictionnel part des faits et remonte à la loi.

l'acte d'exécution, et choisissons comme exemple la mise à la retraite d'un fonctionnaire. Ce fonctionnaire vient prétendre devant une autorité compétente qu'il a fourni un certain nombre d'années de service et qu'il a atteint l'âge requis. L'autorité saisie, par des solutions abstraites et concrètes, s'assure que ces affirmations sont exactes au regard du droit. Puis elle examine les conditions générales qui régissent, selon la loi, la mise à la retraite d'un fonctionnaire. L'agent compétent pose ainsi une question principale relative à l'exécution de la loi. Il y répond par oui ou non. Cette réponse signifie simplement que *toutes les conditions* prévues sont remplies. Elle n'apporte rien de nouveau. Elle n'est qu'un *résumé*, le « oui » général qui contient tous les « oui » particuliers à chacune des conditions prévues. Ces conditions peuvent, d'ailleurs, varier. Ainsi, l'intérêt du service, le manque de personnel peuvent ajouter aux conditions normales d'âge et de durée de services une condition nouvelle et anormale. Mais toutes satisfactions données à ces conditions, *l'acte de mise à la retraite suit automatiquement*. Le principe de légalité suffit à le démontrer et, d'autre part, on ne peut concevoir qu'un acte d'exécution soit accompli abstraction faite des conditions qui, d'après la loi, le commandent.

La solution de la question principale relative à l'exécution de la règle et cette exécution sont inséparables.

Rien de tout cela ne se retrouve dans l'acte juridictionnel. Celui-ci est encore une *constatation*, laquelle se fait aussi au moyen de questions de droit abstraites et concrètes. Mais la réponse à la question de droit principale *n'est plus le résumé de toutes les conditions* prévues par la loi pour que survienne un acte juridique. Elle est la réalisation d'une condition, essentielle il est vrai, parmi

celles que, parfois, la loi énonce. Si, le plus souvent, elle est la condition unique, il est des hypothèses où la loi a disposé que, la constatation de violation de la règle étant achevée, et par conséquent l'acte juridictionnel, une décision consécutive, une condamnation si l'on préfère, ne peut être prononcée. Il suffit de citer quelques exemples pour prouver que l'acte juridictionnel n'est pas la condition toujours suffisante de la décision consécutive.

Il va de soi que, suivant les législations, les conditions supplémentaires prévues par la loi peuvent varier. Le droit romain en connaissait une, aujourd'hui disparue, particulièrement curieuse. Le juge ne pouvait prononcer une condamnation que si le demandeur n'avait pas commis une *plus petitio*. Par exemple, dans le cas de dette non payée, le juge était amené à constater la violation de la règle; mais, s'apercevant que le créancier revendiquait une valeur supérieure à la valeur due, il ne pouvait prononcer de condamnation et déboutait pour le tout.

Notre droit français connaît aussi des cas assez nombreux où une condition anormale est juxtaposée à la condition de constatation de violation de la règle. L'hypothèse la plus intéressante nous paraît être celle des excuses légales entraînant exemption de peine. Le Code pénal prévoit que des individus *reconnus coupables d'avoir violé certaines règles* ne seront frappés d'aucune peine. On ne saurait affirmer qu'il en est ainsi pour le mineur ayant agi sans discernement⁽³²⁾, parce qu'on peut soutenir que l'intention, élément nécessaire du délit, fait défaut. Mais l'article 108 du Code pénal est formel : « Seront exemptés des peines prononcées contre les auteurs de complots ou d'autres crimes attentatoires à la sûreté

(32) Art. 66, C. pén.

intérieure ou extérieure de l'Etat, ceux des *coupables* qui, avant toute exécution ou tentative de ces complots... » On ne peut mettre en doute que le juge doive procéder à la constatation de la violation de la règle. Mais il est des conditions spéciales pour que la condamnation puisse être prononcée. L'individu ne peut être condamné *qu'à la condition*, par exemple, de n'avoir pas dénoncé ses camarades (33).

Nous voyons donc que la constatation de violation de la règle n'est pas toujours la seule condition qu'il faille satisfaire pour rendre une décision consécutive. Elle est une solution de question principale, autonome, constituant par elle seule la totalité de l'acte juridictionnel. *Si la réponse donnée est affirmative, elle prend place parmi les autres conditions que la loi peut avoir prévues. Ainsi se constitue une nouvelle question principale relative à l'exécution de la règle.* Si toutes les conditions prévues sont satisfaites, on procède à un acte juridique, la décision consécutive, réparateur de la violation constatée. C'est un acte d'exécution.

Il nous semble que la troisième différence entre l'acte juridictionnel et l'acte d'exécution apparaît maintenant très bien. L'acte juridique constitutif de l'acte d'exécution est lié à la question principale qui le conditionne, parce que l'on ne peut agir à propos sans vérifier que toutes les conditions prévues sont satisfaites. L'acte juridictionnel, question de droit principale lui aussi, n'est pas lié à la décision consécutive, parce qu'il ne fait que vérifier la réalisation *d'une des conditions* que la loi peut pré-

(33) Voir encore les articles 100, 138, 144, 213, 248, 266 C. pén. — L'article 138 est très net : « Les personnes coupables des crimes mentionnés en l'article 132 seront exemptes de peine, si... »

voir. Et l'acte d'exécution, qui est la décision consécutive, ne sera fait qu'après la solution d'une autre question principale, *dont il est inséparable*, et qui contiendra peut-être, outre la constatation de violation de la règle, d'autres conditions d'un genre très différent.

CHAPITRE III

LA DECISION CONSECUTIVE

L'acte juridictionnel n'étant pas un acte de volonté ne peut produire aucune modification dans l'ordonnement juridique. Il est la condition d'un acte juridique postérieur. Il serait, sans lui, lettre morte ⁽¹⁾.

Mais, ainsi que nous le disions à la fin du chapitre précédent, il n'en est pas la condition unique. Si l'acte juridique consécutif à l'acte juridictionnel tend à réparer la violation de la règle que celui-ci a constatée, il se produit *dans les conditions* prévues par la loi. Il est dès lors évident que nous rentrons dans le domaine de la fonction d'exécution. L'exécution a ici pour rôle, certaines conditions, dont la principale est la constatation de violation de la règle, étant réalisées, de réparer cette violation. Nous retrouvons donc toutes les phases par lesquelles passe l'exécution : d'abord la question de droit principale, et sur ce nous ne revenons pas, puis un des actes juridiques dont se sert la fonction d'exécution. *A priori*, nous ne pouvons en éliminer aucun, et, en effet, nous allons les utiliser tous.

Duguit affirme que cette décision ne peut être qu'un acte subjectif ou un acte-condition ⁽²⁾. En quoi il commet l'erreur de beaucoup d'autres juristes, MM. Hauriou et Jèze

(1) Cela n'est vrai qu'autant que l'on n'introduit pas la notion d'autorité de la chose jugée. Celle-ci a justement pour rôle de donner à l'acte juridictionnel une valeur en soi.

(2) Duguit, *Traité*, 3^e éd., II, p. 420 et 430.

notamment, qui voient dans cet élément de l'acte juridictionnel (puisqu'on ne peut assurer qu'ils aient complètement séparé les deux actes), un élément de *nature administrative* ⁽³⁾, ce qui revient à dire, en nous plaçant au point de vue matériel, qu'il ne peut s'agir que d'actes subjectifs ou conditions. Il est vrai que Duguit, se mettant en contradiction avec lui-même, dit plus loin que l'acte qui annule un acte-règle est aussi un acte-règle ⁽⁴⁾. Ainsi se trouve rectifiée l'erreur. Mais la contradiction reste.

M. Bonnard, dans son *Précis de droit administratif*, a très bien indiqué, à la page 44, que la décision consécutive pouvait être soit un acte-condition, soit un acte subjectif, soit un *acte-règle*. La seule logique, en nous amenant à parler de fonction d'exécution, notion plus large que celle de fonction administrative, nous conduit à ce résultat.

La décision consécutive à l'acte juridictionnel a pour but de réparer dans la mesure du possible la violation de la loi. Elle peut avoir, d'autre part, à prévenir d'autres violations de la même loi. Elle peut avoir, enfin, à exécuter les prescriptions que, pour certaines hypothèses, la loi a prévues.

SECTION PREMIERE

LE RÔLE DE LA DÉCISION CONSÉCUTIVE

§ 1. — La décision consécutive assure la réparation qu'exige la violation de la loi.

I. — LA LOI A ÉTÉ VIOLÉE PAR INEXÉCUTION.

L'hypothèse est la suivante : il existe une situation juridique objective ou subjective, et cette situation est violée

(3) Jèze, *Revue de droit public*, 1909, p. 674.

(4) Duguit, *Traité*, 3^e éd., II, p. 489.

par abstention. Une situation subjective de créancier est violée par le débiteur qui nie sa dette. Une situation objective de fils naturel est violée par le père qui refuse de reconnaître l'enfant, alors que ce dernier le lui demande. La décision aura pour rôle de permettre à certains individus, agents compétents, de faire exécuter de force les obligations qu'entraînent de telles situations. Ce sera un acte-condition.

La vieille notion de l'effet novatoire des jugements risque de dissimuler un peu le visage de la très simple réalité. Nous ne voulons pas nier l'effet novatoire; mais nous prétendons qu'il n'est pas tel que les Romains, par exemple, l'ont défini. En droit romain, le plaideur qui gagnait son procès voyait s'éteindre sa première action, parce que sa première créance était elle-même éteinte. Une autre créance s'était substituée, qui était garantie par une autre action, l'*actio judicati*, laquelle aboutissait à l'exécution du débiteur⁽⁵⁾. Il est bien difficile de justifier la disparition de la première créance. Le juge constate que, au regard du droit, une certaine créance existe, que, d'autre part, le débiteur la nie. Voilà le fait. De la confrontation de ce fait avec la règle qui ordonne de respecter les situations subjectives, il conclut que la loi est violée. Pour réparer cette violation, il va faire que cette créance soit respectée, et, pour cela, il va déclencher, par un acte-condition, la compétence de certains agents de coercition. Mais il s'agit toujours de la même créance, et l'effet novatoire des jugements consiste seulement en ce qu'un nouvel état de droit résultant de l'acte-condition et relatif aux sanctions est né⁽⁶⁾.

(5) Voir Girard, 5^e éd., p. 1039 et 1043 et suiv.

(6) Voir Duguit, 3^e éd., t. II, p. 461 et 462.

Si nous prenons l'exemple de la recherche de paternité naturelle, nous voyons un processus identique. Un enfant réclame au père prétendu de le reconnaître pour son fils. Le père refuse. Devant justice, le fils prouve que, aux yeux de la loi, il est le fils du défendeur : d'autre part, le père continue à nier. Voilà le fait. Le juge en conclut que la loi qui protège les situations objectives a été violée. Il procède à un acte-condition qui permet aux agents compétents de faire sur le registre de l'état civil les inscriptions nécessaires. Mais il s'agit toujours de la même situation objective d'enfant naturel. Le langage juridique classique exprime cette idée en disant que le jugement est déclaratif (7).

II. — LA LOI A ÉTÉ VIOLÉE PAR UN ACTE POSITIF.

Nous devons évidemment distinguer deux hypothèses : la loi a été violée par un acte juridique ou par un acte matériel.

A. — *La loi a été violée par un acte juridique.*

La décision ayant pour but de faire disparaître cette violation, le moyen le plus simple est l'annulation. Si l'acte incriminé est un acte-règle, la décision sera elle aussi un acte-règle. Et ainsi pour les actes-conditions et subjectifs. C'est l'application du grand principe qui veut qu'un acte juridique ne puisse être modifié ou détruit que par un acte de même nature. Et c'est aussi la preuve que la décision consécutive à l'acte juridictionnel ne peut pas être considérée comme « de nature administrative », puisqu'elle peut être un acte-règle. Elle sera souvent acte administratif, par exemple dans l'annulation d'un contrat

(7) Nous aurons l'occasion de nous expliquer plus tard sur la distinction des jugements déclaratifs et constitutifs.

de vente pour vice de la volonté (acte subjectif), ou pour annulation d'une nomination de fonctionnaire (acte-condition). Mais elle est fréquemment aussi un acte-règle : c'est l'hypothèse de l'annulation des règlements de toute nature. Tous actes-règles étant lois au sens matériel doivent subir également le contrôle du contentieux de l'annulation. Dans la législation française, la loi formelle échappe à ce contrôle. Mais il est d'autres pays où elle y est soumise.

B. — *La loi a été violée par un acte matériel, ou par une attitude qui porte atteinte à l'intégrité du patrimoine matériel ou moral de l'individu.*

Dans cette hypothèse rentre le contentieux de la réparation.

Si la décision consécutive peut obtenir la réparation par la « remise en état », elle ordonnera qu'il en soit fait ainsi. Sinon, elle fera qu'une réparation par équivalent soit assurée. Dans l'un et l'autre cas, elle sera un acte subjectif, qui fera naître au profit d'un individu déterminé une créance déterminée.

A côté du contentieux de la réparation se place le contentieux de la répression. Ou bien la loi prévoit la naissance d'une situation objective sur la tête d'un individu : la décision est un acte-condition, et nous sommes en présence des peines afflictives et infamantes. L'acte qui condamne un individu aux travaux forcés ou à la dégradation civique est un acte-condition.

Ou bien la loi prévoit une peine pécuniaire : la décision est alors un acte subjectif.

Il n'y a pas de décision consécutive à l'acte juridictionnel qui présente le caractère d'un acte purement subjec-

tif. Il y a toujours une portion d'objectif. Si un individu devient débiteur d'une somme déterminée envers un autre individu ou envers l'Etat, il est dans une situation subjective. Mais cette dette étant garantie par les voies de droit, éléments de la situation objective de partie condamnée, il y a là un acte mixte.

Le même jugement peut aussi donner naissance à plusieurs décisions. L'une peut être pénale (condamnation à une peine d'emprisonnement, c'est-à-dire acte-condition) et se voir adjoindre une condamnation à des dommages-intérêts (acte subjectif). L'une peut condamner le défendeur à remettre les choses en l'état (acte subjectif) et le condamner en sus à des dommages-intérêts (acte subjectif encore).

De tout cela il résulte que, s'il est des règles générales qui permettent de dire quelle sera la nature de la décision, *le juge garde une certaine liberté d'appréciation*. On sait qu'un acte-règle sera détruit par un autre acte-règle. Mais on ne sait pas toujours si une poursuite pénale se terminera par un acte-condition ou un acte-subjectif. On ne sait pas aussi s'il n'y aura pas, en matière de contentieux de la réparation, deux actes subjectifs au lieu d'un. Dans la décision du juge il y a, à côté des raisons de logique, une large place faite à l'opportunité.

La remarque mérite d'être retenue, parce qu'elle prépare une conclusion de notre étude des différents contentieux. Nous verrons que, dans le cas du contentieux subjectif, on aboutit parfois à une décision objective et que, en revanche, dans le cas du contentieux objectif, il est des hypothèses très importantes où la décision n'est pas un acte-condition ou un acte-règle, mais bien un acte subjectif.

§ 2. — La décision consécutive applique les prescriptions que la loi édicta pour certaines hypothèses.

La loi peut avoir décidé que, dans certains cas, il faudrait prendre certaines mesures que les circonstances du procès auraient montrées nécessaires. Ces mesures ne peuvent être assimilées à des condamnations. Le type en est la déchéance de puissance paternelle. Prononcer contre quelqu'un cette déchéance, ce n'est pas le condamner, c'est, après avoir constaté qu'il n'est pas à même d'assurer la fonction paternelle que la loi lui confie, lui retirer cette fonction pour la confier à quelqu'un de plus adéquat. Cela n'est que de l'administration. Mais ce n'est pas une raison pour en déduire que la décision consécutive est de nature administrative.

Il est presque superflu de dire que la décision du juge est, dans ce cas, un acte-condition.

On peut construire des systèmes de décisions consécutives encore plus complexes. Un individu est condamné pour tentative de meurtre sur la personne de son enfant à une peine afflictive et infamante : il y a là une décision consécutive dans toute l'acception du terme. Il est, en plus, déchu de la puissance paternelle : il y a là une autre décision consécutive destinée à satisfaire à une prescription de la loi, décision qui n'a aucun caractère réparateur, mais simplement administratif. Enfin il se peut que la femme du condamné demande le divorce pour cause péremptoire, en invoquant la condamnation et l'article 232 du Code civil. Il y aura lieu à une troisième décision consécutive, totalement différente des deux premières, qui n'aura pas de caractère réparateur, qui, si elle sera une satisfaction donnée à une prescription de la loi, aura quand même un caractère très spécial, puisque

seule la femme peut dire si elle usera de cette faculté. Ce sera un acte *exclusivement administratif*. Le tribunal saisi de cette demande en divorce s'assurera que *toutes les conditions prévues par la loi sont remplies*, c'est-à-dire que, une peine afflictive et infamante ayant été prononcée contre le mari, la femme demande le divorce pour cause péremptoire. Ceci fait, il devra prononcer le divorce. Il n'y a rien là de juridictionnel, parce qu'aucune question relative à la violation de la loi n'a été posée.

Si nous supposons au contraire, et pour faire antithèse, que la demande en divorce soit introduite pour cause d'adultère, excès, sévices ou injures graves, nous allons retomber dans le domaine juridictionnel. Avant de faire un acte-condition qui aura pour résultat de faire naître sur la tête des époux la situation objective d'époux divorcés, le juge va se demander si les conditions prévues par la loi pour ce faire sont remplies. Quelle est la condition essentielle? Que la règle suivant laquelle les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance, ait été violée, que la règle prohibant les injures et mauvais traitements ait été méconnue. Constaté une violation de la loi est l'objet d'un acte juridictionnel.

SECTION II

ACTE JURIDICTIONNEL SANS DÉCISION CONSÉCUTIVE

L'acte juridictionnel n'étant pas un acte de volonté doit être suivi, pour avoir une répercussion dans l'ordonnement juridique, d'une décision. Cette proposition, que nous croyons inattaquable, suffit pour montrer que, normalement, il doit y avoir une décision consécutive.

M. Jèze cite des exemples d'actes juridictionnels non suivis de décisions. M. Lureau parle à ce propos d'un

nombre « impressionnant » d'exemples (p. 155). Nous croyons que, si l'on s'en tient aux exemples cités par M. Jèze, M. Lureau exagère un peu. M. Jèze cite les questions d'Etat : bien rares sont les procès de ce genre qui ne se terminent pas par une décision. Elles sont de natures variées : tantôt un individu deviendra créancier vis-à-vis d'autres individus d'une portion de succession, tantôt le père naturel sera condamné à prendre part à l'éducation de l'enfant... En outre, il restera toujours qu'une décision intervient pour ordonner à l'officier de l'état civil de faire certaines mentions et rectifications sur les registres. C'est là un acte créateur d'une situation objective.

M. Jèze parle ensuite des questions préjudicielles. La question préjudicielle n'a pour rôle que de faire résoudre une question de droit abstraite ou concrète : il y a collaboration de plusieurs organes pour arriver à un acte juridictionnel unique et il n'est pas possible de dire que l'on est en présence d'un cas où il n'y a pas de décision consécutive, puisque la solution préjudicielle ne constitue pas un acte juridictionnel. Nous avons déjà, d'autre part, étudié l'hypothèse où une question préalable pose un problème de violation de la loi, c'est-à-dire constitue un acte juridictionnel. Il est certain qu'il y a là un cas d'acte juridictionnel sans décision consécutive. Nous reviendrons encore à l'étude de ce problème, très délicat à la vérité, dans notre seconde partie.

Il est nécessaire de rappeler ici le cas de l'action déclaratoire. Nous avons dit plus haut que la réponse à la question de violation de la loi pouvait avoir trait à une violation présente, passée ou future. Si nous prenons le cas d'une violation future, hypothèse bien rare dans notre droit

français, nous concevons aisément qu'aucune décision consécutive ne soit nécessaire, puisqu'aucune réparation ne peut être envisagée. Le juge étant saisi d'une action déclaratoire a pour mission de *dire* le droit, de déterminer de façon précise quelles sont les situations juridiques, de prévenir les parties que tel acte, telle attitude constituera une violation de la règle. Les parties auront à cœur de se conformer à cet avertissement. Aucune décision consécutive ne sera intervenue. Mais si l'une des parties s'avise de ne pas observer la solution juridictionnelle donnée par le juge, l'autre partie pourra reprendre l'affaire où elle en est restée et solliciter une décision consécutive, véritable condamnation. En définitive, cette décision apparaît comme seulement différée, et pour le cas où la violation prévue se réaliserait. Dans le cas inverse elle est inutile.

Ce mot d' « inutile » nous conduit directement au cas le plus important d'acte juridictionnel non suivi de décision consécutive. *Il s'agit du cas où la demande est rejetée comme non fondée.* Si étonnant que cela puisse paraître, il est certain que, dans cette hypothèse, il ne peut y avoir de décision consécutive. L'application stricte des principes exposés par nous va suffire à le démontrer. L'acte juridictionnel a pour rôle de trancher une question de violation de la légalité. La réponse est *oui* ou *non*. Si la réponse est *oui*, il faut prendre une décision qui opère, par une modification dans l'ordonnancement juridique, la réparation affirmée nécessaire par l'acte juridictionnel. *Si la réponse est non, la loi n'a pas été violée, aucune réparation n'est nécessaire, il n'y a place pour aucune décision.*

Cette idée nous paraît avoir été émise pour la première fois par M. le professeur Bonnard. Pensant au cas « où le

juge ne fait pas droit dans sa constatation à la demande qui lui est adressée, c'est-à-dire lorsqu'il acquitte l'accusé ou lorsqu'il déboute le demandeur », il écrit : « ... dans ce cas, on ne trouve ni décision émise, ni effet de droit produit. Il n'y a décision de la part du juge et effet de droit consécutif que si le juge fait droit à la demande qui lui est adressée. » (8).

Ce raisonnement nous amène à compléter la notion d'acte juridictionnel, et à mieux préciser quand et comment il joue le rôle de *condition* vis-à-vis de la décision consécutive.

Nous avons dit bien souvent que l'acte juridictionnel ne pouvait être qu'un acte d'intelligence pure, qu'il ne pouvait pas, pour cette raison, être un acte juridique. A quoi Duguit oppose l'argument suivant : si l'acte juridictionnel n'est pas un acte de volonté, il ne produit aucun effet juridique, et, juridiquement parlant, il n'est rien. Nous avons répondu que cela nous paraissait erroné, et que nous donnions à l'acte juridictionnel tous les caractères d'une *condition* (et non d'un acte-condition). Il était la condition nécessaire de la décision consécutive, acte de volonté, qui produirait une modification dans l'ordonnement juridique.

Or nous constatons qu'il y a une quantité considérable d'hypothèses où nous trouvons des actes juridictionnels sans décision. Ce sont les hypothèses où la réponse à la question de violation de la loi est négative. *Nous sommes donc obligés de conclure que l'acte juridictionnel n'est pas toujours une condition.* Il ne peut être condition que si une décision lui fait suite.

Mais si, dans le cas de réponse négative, l'acte juridic-

(8) Bonnard, *Revue de droit public*, 1930, p. 385 et 386.

tionnel n'est pas une condition, ne pouvant pas davantage être un acte juridique, *quelle est sa nature juridique?*

La réponse est bien simple. *A priori* il n'en a pas. La raison en est que la règle de droit n'a pas cru devoir lui en donner. Un acte n'est pas juridique par sa nature même, mais parce que la loi lui donne cette qualité. Cela paraît tout naturel à qui veut admettre que la règle est la source unique des phénomènes de droit. L'accord de volonté n'est pas juridique en soi; il l'est grâce à la règle de droit. La décision consécutive à l'acte juridictionnel est acte de volonté. La loi a *prévu* que cet acte de volonté aurait des conséquences dans l'ordonnement juridique. L'acte juridictionnel lui-même n'est pas un acte juridique parce qu'il ne comporte pas l'élément volonté. Il a, toutefois, la *valeur juridique* que la loi lui a donnée, c'est-à-dire celle d'une condition. Mais cela n'est vrai que dans l'hypothèse où il y a réponse affirmative sur la violation de la loi. Dans le cas contraire, la décision consécutive étant inutile puisqu'aucune réparation ne pouvait trouver place, la loi n'avait pas à prévoir une condition de cette décision. L'acte juridictionnel n'a donc pas, dans ces cas, le caractère d'une condition.

Cela n'est pas pour nous surprendre. Rappelons le parallèle étroit que nous établissions autrefois entre l'activité de la fonction juridictionnelle et l'activité de la fonction d'exécution. Nous disions que l'une et l'autre procédaient au moyen de solutions données à des questions de droit abstraites et concrètes, pour parvenir à une question principale. Aucune différence n'existait entre elles, si ce n'est que la question principale posée dans le cadre de la fonction d'exécution demandait une réponse quant à l'exécution de la règle (y a-t-il lieu d'appliquer la règle?), alors que la

question principale posée dans le cadre de l'activité juridictionnelle conduisait à une constatation de la violation de la règle (la règle a-t-elle été violée?). *Dans l'un et l'autre cas, la réponse donnée à la question principale n'est condition de la décision consécutive que dans l'hypothèse où la réponse est affirmative* (oui, il y a lieu d'appliquer la règle, donc je fais un acte-règle, subjectif, condition, matériel — oui, la règle a été violée, donc je fais un acte qui répare cette violation). Dans l'hypothèse contraire, il n'y a rien qui ressemble à une condition. Il y a simplement solution donnée à une question de droit et mettant fin à toute activité, parce qu'il n'y a pas lieu d'agir.

Mais si l'acte juridictionnel n'a pas reçu de la règle, pour le cas où il répond négativement, la qualité de condition, *il reste acte juridictionnel quand même*. Il y a toujours eu réponse à la question de violation de la loi. Or cela suffit pour permettre de dire « il y a acte juridictionnel ». La conclusion, importante à la vérité, est que l'autorité de la chose jugée s'appliquera dans les deux cas.

CHAPITRE IV

ETUDE DE QUELQUES JUGEMENTS ET DE LA MANIERE DONT Y SONT TRADUITS LES DIFFERENTS ACTES D'UNE PROCEDURE CONTENTIEUSE

Résumons ce que nous avons dit au sujet de la préparation de l'acte juridictionnel, de l'acte juridictionnel lui-même, de la décision consécutive. Ce résumé est nécessaire en raison de la quantité d'actes de toutes sortes que nous avons décelés.

Tout d'abord nous trouvons, en matière civile, les jugements dits avant-faire-droit, en matière pénale, les arrêts de non-lieu et de renvoi. Aucun de ces actes ne présente le caractère juridictionnel. Ce sont des actes administratifs. Suivant en cela la classification de MM. Garsonnet et César Bru, nous avons trouvé qu'il pouvait survenir des jugements définitifs avant-dire-droit; mais nous avons montré qu'il ne s'agissait que de solutions à des questions de droit nécessaires pour la formation de la question de droit principale.

Ceci fait nous sommes occupé des jugements de compétence et de recevabilité. Nous rappelons qu'ils n'ont aucun caractère juridictionnel, que ce sont toujours des actes-conditions, qu'ils ont pour objet de conclure à l'exécution de la loi (cette exécution étant, en l'espèce, l'acte juridictionnel lui-même), qu'ils ne se préoccupent en aucune

façon de la violation de la règle. A côté des questions de compétence et de recevabilité, une exception de litispendance, connexité, ou une demande de renvoi peut survenir : elle donnera naissance à un acte d'administration.

Enfin l'acte juridictionnel lui-même s'offre à nous. Il est composé de questions multiples. Questions abstraites et concrètes, dont certaines peuvent avoir été déjà tranchées par les jugements définitifs avant-dire-droit, dont quelques autres auront été l'objet de questions préjudicielles, nécessitant la collaboration d'autres organes juridictionnels et, parfois, des organes auteurs de l'acte. Bien mieux, il en est, parmi toutes ces questions de droit, qui sont de véritables actes juridictionnels, parce qu'elles posent des questions de violation de la règle.

Une question de droit principale fait de l'ensemble un tout organisé. La réponse survient : la loi a été ou n'a pas été violée. L'acte juridictionnel principal est terminé.

Une ou plusieurs décisions consécutives lui font cortège. Elles réparent la violation de la règle qu'il a constatée.

Nous voulons essayer de retrouver dans le jugement, tel qu'il est habituellement rendu, les différents actes réalisés au cours d'une procédure contentieuse. Nous pourrions constater que, malheureusement, la plus grande confusion règne ici, et que les actes les plus divers sont très souvent mélangés. Il en est de très importants, nous devrions dire les plus importants, qui sont presque systématiquement oubliés.

Éliminons, pour commencer, tous les jugements avant-dire-droit. Jugements interlocutoires, préparatoires, provisoires, ordonnent une mesure d'instruction ou d'urgence. Ils forment un tout nettement séparé des autres jugements qui peuvent par la suite survenir. De même les jugements

sur la litispendance et la connexité. Tous ces actes administratifs reçoivent en général une expression correcte.

Insistons davantage sur les jugements de compétence et de recevabilité. Là encore nous n'avons pas affaire à des actes juridictionnels. Et c'est ce qui fait la gravité du mélange si fréquemment constaté entre les jugements de compétence et de recevabilité, actes-conditions, et les jugements sur le fond, actes juridictionnels. C'est journellement que l'on voit un tribunal se déclarer compétent et statuer sur la demande par le même jugement. Chaque jour aussi, on entend plaider qu'une demande est irrecevable et subsidiairement mal fondée. Très souvent les questions de compétence et de recevabilité sont passées sous silence. Le problème n'étant pas posé, le juge ne le tranche pas explicitement. Rien dans le jugement final ne rappelle qu'il a fallu : 1° répondre à une question principale composée des questions de compétence et de recevabilité ; 2° prendre une décision consécutive, acte-condition, qui crée les situations objectives de juge compétent et de plaideur admis à discuter le fond de l'affaire.

Ajoutons que la question de compétence, quand elle se pose *ratione personæ*, doit être soulevée *in limine litis*. Mais quand elle se pose *ratione materiæ*, elle devient d'ordre public, et l'exception peut être soulevée en tout état de cause, y compris devant la Cour de cassation. On assiste parfois à ce spectacle curieux de la Cour suprême cassant à raison d'un acte non formulé.

Une action doit être portée devant un juge compétent par une personne à qui la loi en a donné le pouvoir, et dans des formes prévues. Il faut donc affirmer que, avant d'étudier le fond de l'affaire, la conformité de cette activité publique (compétence) et privée (recevabilité) avec les con-

ditions prévues par la loi a dû être vérifiée, et, dans l'affirmative, qu'un acte-condition consécutif a été rendu.

Il serait grandement désirable que tous ces actes du juge trouvent dans le jugement final une expression même très succincte.

Et, maintenant, venons à l'acte juridictionnel lui-même. Essayons, avec des exemples précis, de retrouver les divers éléments révélés par notre analyse. Nous reproduisons en note les deux jugements qui nous serviront pour cette recherche (1).

(1) *Premier exemple* : Tribunal de Casablanca, 6 janv. 1927, S., 27. 2. 98 (Banque de l'Union marocaine et autres c. Société Alenda Hermanos) :

Attendu que Alenda Hermanos et Cie ont produit à titre chirographaire à la faillite de Breton (Eugène) pour la somme de ..., montant d'un relevé de comptes arrêté au 18 juillet 1924;

Attendu que la Banque de l'Union marocaine et la Banque française du Maroc ont contesté et contestent cette production;

Attendu qu'elles soutiennent que la somme pour laquelle il a été produit à la faillite de Breton n'est pas due, les relations d'affaire ayant existé entre la Société Alenda Hermanos et le failli étant celles d'associés en participation : que cette situation est de notoriété publique et que la comptabilité de Alenda ainsi que sa correspondance avec Breton le démontrent nettement;

Attendu qu'elles invoquent à l'appui de leur prétention certaines écritures portées sur le bordereau d'admission qu'elles disent incompatibles avec la situation de créanciers à laquelle prétendent Alenda Hermanos et Cie, ainsi que des contrats intervenus entre Breton et un sieur Martinez qu'elles déclarent comptable d'Alenda;

Attendu qu'elles concluent subsidiairement à la nomination d'un expert avec mission de rechercher et dire, en se référant principalement aux livres contrats et documents de la Société Alenda Hermanos, si les rapports de ceux-ci avec Breton furent ceux de fournisseur à client ou d'associé en participation;

Attendu que le syndic de la faillite Breton déclare s'en rapporter à justice;

Attendu que la preuve que la Société Alenda Hermanos a été l'associée de Breton n'est pas rapportée : que cette preuve ne saurait résulter, en effet, ni de la notoriété publique, laquelle ne constitue pas un élément de preuve, ni des faits articulés, lesquels ne sont pas de nature à établir l'existence d'une société en participation entre la Société Alenda Hermanos et Breton;

Attendu, au surplus, que les explications que donne de ces faits la Société Alenda Hermanos et Cie, explications corroborées par les

Nous avons suivi dans notre analyse un raisonnement logique. L'élément le plus simple nous a paru être l'élément « interprétation de la loi », objet des questions de droit abstraites. Puis est venu l'élément « fait établi au regard du droit », objet des questions de droit concrètes. Enfin, la question de droit principale se résume en une juxtaposition

données du contrat du 31 janvier 1924, que rien ne permet de suspecter, sont plausibles et doivent être admises;

Attendu qu'il n'est pas, enfin, justifié que Martinez était le comptable de la société Alenda Hermanos et Cie et qu'il a contracté pour le compte de ces derniers et dans le but de les faire rentrer dans leurs fonds; qu'il appert d'autre part des éléments de la cause que les opérations intervenues entre Martinez et Breton sont étrangères aux rapports commerciaux existants entre Breton et Alenda Hermanos et Cie;

Attendu que la Banque de l'Union marocaine et la Banque française du Maroc ne rapportant pas la preuve de leurs prétentions doivent être déboutées de leurs conclusions principales;

Attendu, en ce qui concerne les conclusions subsidiaires, qu'il n'y a pas lieu de recourir à l'expertise sollicitée;

Attendu qu'il est en effet de règle que nul n'est tenu de prouver contre soi;

Attendu que le tribunal ne saurait par suite contraindre la Société Alenda Hermanos à produire ses livres, contrats et documents pour qu'il en soit fait état contre elle par les banques demanderesses, avec qui elle n'a aucun lien de droit;

Attendu, au surplus, qu'il est de doctrine et de jurisprudence que la preuve qui résulte des livres de commerce ne s'impose pas au juge;

Attendu que le montant de la demande n'est pas contesté; qu'il est, au surplus, suffisamment justifié par les pièces produites;

Par ces motifs admet Alenda Hermanos et Cie, à titre chirographaire, au passif de la faillite Breton pour la somme de

Deuxième exemple : Tribunal correctionnel de Périgueux, 29 nov. 1926, S., 27. 2. 103 (X... c. B...).

Nous croyons qu'il suffit ici de reproduire seulement ce qu'on appelle communément le dispositif :

Par ces motifs : déclare constants les délits de diffamation par carte postale et de complicité de diffamation reprochés au fils B...; dit que ce dernier a agi sans discernement, l'acquitte et le remet à ses parents; déclare R... coupable de diffamation; en conséquence le condamne à 16 francs d'amende et aux dépens; — et statuant sur les conclusions de la partie civile, reçoit les époux X... intervenant dans l'instance correctionnelle engagée; dit n'y avoir lieu à responsabilité civile de la part de B... père; déclare l'abbé D... civilement responsable, condamne en conséquence ce dernier et B... fils, solidairement, à payer aux X... la somme de 500 francs à titre de dommages-intérêts.

des faits établis au regard du droit et de l'interprétation donnée à la règle que l'on prétend être violée. Il serait vain d'espérer retrouver en fait, dans les jugements, un processus pareillement logique.

Classiquement, on divise un jugement en deux parties : les motifs et le dispositif. Ces deux parties sont généralement séparées par trois mots : Par ces motifs... Heureusement! Car, sans ce petit signe, on serait parfois bien embarrassé pour dire à quel endroit, dans l'esprit du juge rédacteur, les motifs s'arrêtent pour céder la place au dispositif. L'analyse va nous montrer que, en réalité, cette division n'est pas fondée.

I. — LES SOLUTIONS DE QUESTIONS ABSTRAITES.

Dans l'immense majorité des cas ces solutions ne sont pas formulées. On en fait une application immédiate, et seule l'application révèle la solution elle-même. Il n'y a d'ailleurs pas lieu de le trop regretter. Si un jugement devait contenir la traduction, en langage explicite, des plus minimes opérations auxquelles il a donné lieu, il faudrait renoncer bien vite à le rédiger, et, s'il était rédigé, à y rien comprendre. Nous trouvons néanmoins dans l'arrêt *Hermanos*, à côté de multiples solutions abstraites sous-entendues, une solution formellement exprimée : « ... que cette preuve ne saurait résulter en effet ni de la notoriété publique, *laquelle ne constitue pas un élément de preuve...* » Le juge a exprimé une règle abstraite. Elle recevrait son application dans n'importe quelle hypothèse. Et comme il s'agit d'une question abstraite préalable à une question concrète, la solution est relative à la matière des preuves. Nous ne revenons pas sur ce point développé longuement par ailleurs.

II. — LES SOLUTIONS DE QUESTIONS CONCRÈTES.

Nous supposons le juge en possession de toutes les solutions abstraites dont il peut avoir besoin, de tous les principes d'action utiles pour les cas à venir. Il va pouvoir trancher les questions concrètes. Nous en trouvons de multiples exemples dans le jugement *Hermanos*. « Attendu que la preuve que la Société *Alenda Hermanos* a été l'associée de Breton n'est pas rapportée; — Attendu que les explications que donne de ces faits la Société *Alenda Hermanos*, explications corroborées par les données du contrat du 31 janvier 1924 que rien ne permet de suspecter, sont plausibles et doivent être admises...; — Attendu, enfin, qu'il n'est pas justifié que Martinez était le comptable de la Société *Alenda Hermanos*...; — ... qu'il appert, d'autre part, des éléments de la cause que les opérations intervenues entre Martinez et Breton sont étrangères aux rapports commerciaux... » Tous ces attendus constituent des réponses à des questions concrètes. Il en résulte qu'un fait est ou n'est pas établi au regard du droit. La solution est concrète parce que, malgré la solution abstraite qui lui sert de support et qui reste vraie dans tous les cas, une pareille affirmation n'a de sens qu'autant qu'il s'agira de la Société *Alenda Hermanos*, de Martin et de Breton. Que ces individus disparaissent, les solutions concrètes disparaissent avec eux.

L'exemple de ce jugement, pris au hasard, montre que les solutions de questions concrètes sont généralement formulées avec soin.

III. — LA SOLUTION DE LA QUESTION DE DROIT PRINCIPALE.

La question de droit principale est d'abord, avons-nous dit, un résumé de toutes les questions de droit concrètes,

ou mieux des solutions données aux questions concrètes. Tous les attendus que nous venons de citer forment donc des éléments de cette question principale. Mais toutes les solutions concrètes n'ont point été relevées par nous. Il en est une dont nous n'avons rien dit, qui, pour paraître un peu effacée, joue un rôle presque prépondérant dans la formation de la question de droit principale, et que, pour cette raison, nous avons réservée jusqu'à maintenant, croyant la mettre ainsi mieux en relief. Il faut aller la chercher au début du jugement Hermanos : « Attendu que la Banque de l'Union marocaine et la Banque française du Maroc ont contesté et contestent cette production; ... » Ceci est une solution de question concrète. Elle établit que, au regard du droit, les deux banques en question s'opposent à la production à la faillite de certaines créances. Le moyen de preuve prévu par la loi est le dépôt des conclusions, définissant l'attitude des deux banques et posant l'antagonisme des parties.

En résumé, l'ensemble des solutions de questions concrètes montre que, une créance étant établie au regard du droit, il se trouve quelqu'un qui se refuse à la respecter. Ceci constitue l'ensemble des faits de la cause, tels que nous les avons définis au chapitre des questions de droit. L'ensemble de ces solutions concrètes, appelé par nous concept-procès, est dispersé tout au long du jugement, se voit entremêlé de solutions de questions abstraites, et même d'un refus de prononcer une décision interlocutoire (Attendu qu'il n'y a pas lieu de recourir à l'expertise sollicitée...).

Le concept-procès constitue la première partie de la question de droit principale. Pour la constituer définitivement il faut placer, en face de ce qui a été, ce qui aurait dû être. Il faut donc évoquer la règle de droit. En fait

cette règle de droit est presque toujours oubliée. La raison en est, sans doute, qu'elle est trop évidente ou trop connue pour mériter l'attention. Dans l'affaire *Hermanos*, la règle de droit qu'il faut évoquer est : les situations subjectives seront respectées. Pas un mot du jugement n'y fait allusion. Dans l'affaire *X... c. B...* dont le jugement est partiellement reproduit par nous en note, la loi du 11 Juin 1887, qui prévoit la diffamation, n'est pas mentionnée. On ne fait que parler du délit de diffamation.

En fait, les jugements n'expriment donc pas, ou expriment mal, la question de droit principale, élément essentiel de l'acte juridictionnel. Quant à la réponse à cette question de droit principale, nous croyons ne pas exagérer en disant qu'elle n'est presque jamais formulée. Il n'y a guère, avec les jugements des tribunaux répressifs, que les arrêts de cassation qui en donnent une expression vraiment correcte. On en trouve l'explication dans le fait que le législateur a spécialement organisé le tribunal de cassation pour réparer les violations de la règle commise par les tribunaux. Aussi peut-on lire les formules suivantes : les textes susindiqués ont été violés, ou bien : il en a été fait une exacte application. On pourrait croire que seule la Cour suprême est juge de la légalité, alors qu'elle n'est juge que de la légalité des actes juridictionnels. Tous les organes juridictionnels (il ne faut tenir compte ici, bien entendu, que du point de vue matériel) sont juges de certaines questions de légalité; la répartition de ces questions est un problème de compétence.

Si nous prenons les deux jugements cités, nous voyons que, dans le jugement *Hermanos*, rien ne rappelle la réponse à la question de violation de la loi. Dans le jugement *X... c. B...* on trouve dans le dispositif les mots

suivants : déclare constant le délit de diffamation... Ceci équivaut à une réponse affirmative à la question de violation de la loi. Il y a lieu de remarquer que les jugements criminels expriment fréquemment, pour ne pas dire toujours, l'idée de violation de la loi, en déclarant le délit constant. Il faut en chercher la raison dans le fait que la règle pénale est mieux exprimée, et surtout mieux connue que la règle civile. Chacun sait que soustraire le bien d'autrui c'est violer la loi. Beaucoup ignorent que refuser à un enfant la qualité de fils naturel qu'il réclame, c'est encore, à supposer qu'il la réclame justement, violer la loi.

Malgré l'indifférence dont la réponse à la question de droit principale paraît être l'objet de la part des juges, nous persistons à penser qu'elle constitue l'essence de l'acte juridictionnel. Seule la nature de cette réponse, commandée par la nature de la question, permet d'affirmer qu'il existe un acte juridictionnel distinct de l'acte d'exécution. Tout ce qui la précède, tout ce qui lui fait suite se retrouve identique dans tous les actes de toutes les fonctions de l'Etat. Le seul moyen de conserver une nature spécifique à l'acte juridictionnel est de ne jamais perdre de vue l'acte d'intelligence, non de volonté, qui le constitue, acte dont l'objet détermine la fonction.

IV. — LA DÉCISION CONSÉCUTIVE.

La décision consécutive, acte de pure exécution, ne fait pas partie de l'acte juridictionnel. Elle est toujours, en fait, contenue dans le dispositif. Souvent celui-ci ne contient rien d'autre. L'ensemble du jugement apparaît alors comme relativement ordonné. Une première partie, appelée *motifs*, contient les réponses aux questions de droit,

entre autres, implicitement il est vrai, la réponse à la question de droit principale. Une seconde partie constitue la décision consécutive; elle prend nom *dispositif*.

Malheureusement il n'en est pas toujours ainsi. Bien souvent la fraction du jugement qui fait suite aux mots : par ces motifs, renferme des éléments qu'il n'y a aucune raison de ne pas classer parmi les motifs eux-mêmes. Dans le dispositif du jugement X... c. B... nous commençons par trouver une réponse à une question de droit concrète : « Dit que ce dernier a agi sans discernement. » Nous voyons ensuite que ce dispositif n'est qu'un résumé, une conclusion des motifs : « Déclare constants les délits... » Ces mots n'ajoutent rien aux conclusions concrètes formulées dans les motifs si ce n'est, comme nous l'avons dit, qu'ils expriment la réponse à la question de violation de la loi. A ce titre, cette réponse trouve sa place naturelle auprès des solutions concrètes, *sans lesquelles elle ne pourrait exister*, et non dans une autre partie du jugement. De toutes façons la séparation entre les « motifs » et le « dispositif » apparaît comme arbitraire, à moins qu'on ne convienne de réserver les motifs aux solutions de questions de droit et le dispositif aux décisions consécutives, convention qui, en pratique, n'est pas toujours observée.

Que faut-il conclure de cette rapide étude de la manière dont, en fait, sont rédigés les jugements ?

1° Que la distinction motifs-dispositif est arbitraire si on persiste à l'appliquer de la sorte. Quand nous arriverons à l'analyse de la notion de l'autorité de la chose jugée, nous trouverons la vieille règle : l'autorité ne s'applique qu'au dispositif à l'exclusion des motifs. Nous pou-

vons, dès maintenant, la considérer comme sans fondement.

2° Que le dispositif contient la décision consécutive. Celle-ci en constitue la partie principale, et comme elle ne peut, à aucun titre, faire figure d'acte juridictionnel, nous déduirons plus tard qu'elle ne saurait prétendre à l'autorité de la chose jugée. La formule classique apparaît, de ce second point de vue, comme foncièrement erronée.

Avant de clore ce chapitre relatif à la manière dont les actes juridictionnels sont traduits dans les jugements, nous devons indiquer que, si beaucoup de jugements méritent des critiques, il en est qui sont rédigés d'une façon impeccable. C'est le cas des arrêts de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat. La rédaction de ces arrêts nous paraît surtout intéressante en ce que la distinction motifs et dispositif correspond exactement à la distinction acte juridictionnel et décision consécutive. Le dispositif contient toute la décision consécutive et ne contient qu'elle.

Il serait désirable de voir les tribunaux inférieurs de l'ordre judiciaire (car les cours d'appel paraissent déjà l'appliquer assez bien) accepter et respecter toujours cette division.

TITRE III

LE CRITÈRE FORMEL DE L'ACTE JURIDICTIONNEL

Nous avons écrit de trop longues pages pour montrer que l'acte juridictionnel possède une nature propre et pour dégager un critère matériel. Soumis à l'épreuve de ce critère matériel, nombre des actes accomplis par les tribunaux en matière contentieuse se sont transformés, croyons-nous, en actes d'exécution. Nous croyons que, soumis au même critère, quelques-uns des actes accomplis par les fonctionnaires administratifs vont se révéler actes juridictionnels au sens matériel.

Bien entendu, nous n'avons pas l'intention de parler ici des actes juridictionnels faits par les tribunaux administratifs. Il y a longtemps que leur nature est connue, et nous n'avons, sur ce point, rien à ajouter.

Rappelons, brièvement, la distinction de l'acte juridictionnel et de l'acte d'exécution. Chacun d'eux se présente sous la forme d'un raisonnement proche du raisonnement syllogistique. Mais, alors que l'acte d'exécution se termine par une décision qui réalise l'application de la loi, l'acte juridictionnel constate la violation, ou la non-violation de la règle de droit. La décision qui lui fait suite réalise la réparation de cette violation, en même temps

que, dans le contentieux de la répression, elle essaie par des mesures exemplaires d'en éviter le retour. Le problème que nous posons en ce moment est donc le suivant :

Peut-on trouver dans les actes accomplis par les fonctionnaires administratifs ordinaires (les tribunaux administratifs étant exclus) des actes qui aient pour rôle de constater des violations de la règle de droit, et qui soient suivis de décisions ayant pour objet la réparation de cette violation, ou pour mission de prévenir le retour de pareilles violations ?

A cette question nous répondons que le pouvoir disciplinaire et, dans certaines hypothèses, le pouvoir hiérarchique permettent de faire des actes qui répondent exactement à cette définition.

CHAPITRE PREMIER

APPLICATION DU CRITERE MATERIEL DE L'ACTE JURIDICTIONNEL AUX POUVOIRS DISCIPLINAIRE ET HIERARCHIQUE

Investi du pouvoir disciplinaire le supérieur peut infliger au fonctionnaire inférieur une peine, sanction d'une faute. Aujourd'hui, et de plus en plus, le pouvoir disciplinaire échappe au fonctionnaire supérieur au bénéfice de véritables juridictions. Nous reparlerons de ce « glissement ». Il nous suffit, pour le moment, qu'il existe certaines catégories d'agents ayant le pouvoir de frapper leurs inférieurs.

Un acte disciplinaire s'analyse en deux phases absolument distinctes.

Première phase. — Le supérieur est averti (peu nous importe la façon) qu'un de ses inférieurs a commis un ou plusieurs actes de nature à mériter une sanction. Le supérieur fait une enquête, enregistre des faits établis, recueille des aveux. Ce supérieur finit par se former un concept de l'affaire. Ce concept est composé d'un ensemble d'images, représentations de faits considérés comme prou-

vés. Pour les prouver, on a suivi des règles prévues par le droit. En un mot, le supérieur a résolu des questions de droit concrètes. Nous reconnaissons que les modes de preuves imposés au supérieur sont, en matière disciplinaire, mal déterminés. Les lois sont, sur ce point, très imprécises. Mais cela ne veut pas dire que ces modes de preuves n'existent pas. L'intérêt public exige un bon fonctionnement des services publics : pour l'assurer, une sanction prompte est parfois nécessaire. L'agent compétent doit pouvoir punir sans être enserré dans des moyens d'instruction trop lents.

Le fonctionnaire supérieur, muni d'un certain nombre de faits qu'il considère comme établis conformément à la règle, va procéder à un choix. Éliminant les détails sans intérêt, il garde les éléments nécessaires à la reconstitution des actes incriminés. Il sait ainsi *ce qui a été*. En face il va placer *ce qui aurait dû être*. Cela lui est indiqué par la loi du service. Nous reconnaissons encore que cette loi du service est souvent très floue. La raison en est donnée plus haut. Puisque nous parlons service public, nous ne sortons pas du domaine de la fonction d'exécution. Or, si l'exécution comprend toutes les catégories d'actes juridiques, éléments qu'une loi précise peut aisément prévoir et régler, elle comprend également une multitude de choses qu'on ne peut classer dans aucune catégorie juridique bien définie, et qu'une règle ne parviendra jamais à saisir que par des formules infiniment vagues. Il y a manière et manière de s'acquitter de sa fonction; le fonctionnaire doit s'en acquitter bien. Cela suppose une attitude particulière vis-à-vis des usagers et des collègues de tout rang; cela devrait supposer aussi un effort d'initiative vers l'amélioration du service. Tant de nuances ne peuvent être

consignées dans des textes précis. Le fonctionnaire supérieur, lorsqu'il veut savoir « ce qui aurait dû être », est donc contraint de résoudre une question de droit abstraite particulièrement délicate, parce que la règle à interpréter est elle-même très délicate à formuler. Mais cette règle, pour ténue qu'elle soit, existe.

De la confrontation de ce qui a été et de ce qui aurait dû être il résulte une question de droit principale. En la résolvant, le fonctionnaire supérieur se demande *si une violation de la loi du service a été commise*. Il répond par oui ou non. Il est donc certain *qu'il fait un acte juridictionnel au sens matériel du mot*.

Deuxième phase. — Cette violation du service demande réparation. La peine est une expiation. Mais la nécessité du service demande surtout que des infractions identiques ne se reproduisent pas. Aussi, une décision consécutive va survenir, dont le but presque unique est un but d'exemplarité. Le supérieur procédera à un acte-condition, au résultat duquel naîtra la situation juridique objective d'individu frappé d'une peine disciplinaire.

Il est déjà évident que la répression disciplinaire est aussi proche que possible du contentieux de la répression. Il n'y a entre eux *que des différences formelles*.

Le soin que nous avons apporté à l'analyse du pouvoir disciplinaire va nous permettre d'aller très vite quant au pouvoir hiérarchique. Celui-ci donne au fonctionnaire supérieur, entre autres attributions, le droit d'annuler les actes du fonctionnaire inférieur. Cette annulation peut avoir lieu soit pour illégalité, soit pour inopportunité de l'acte. Le cas d'annulation pour inopportunité ne nous intéresse pas.

Quant à celui de l'annulation pour illégalité, il ne peut être mis en doute qu'il constitue un exemple d'activité juridictionnelle au sens matériel. Le seul mot d' « illégalité » suffit à le démontrer. Le fonctionnaire supérieur apprécie d'abord la légalité de l'acte de l'inférieur; il procède alors à un véritable acte juridictionnel. Puis, dans une deuxième phase, il répare, s'il y a lieu, la violation de la loi. Cette réparation s'opère par annulation au moyen d'un acte-règle, condition ou subjectif ⁽¹⁾.

Nous ne pouvons, cette fois encore, trouver avec le contentieux de l'annulation qu'une seule différence : *la différence formelle*.

Concluons : L'analyse révèle deux hypothèses dans lesquelles des actes juridictionnels, au sens matériel, sont accomplis par des fonctionnaires administratifs. Alors se pose une question, importante entre toutes : *doit-on, dans ces deux cas, et en ne tenant compte que du point de vue matériel, continuer à parler d'actes juridictionnels? Si oui, nous devons, plus tard, attribuer l'autorité de la chose jugée à la constatation qui précède une peine disciplinaire ou une annulation pour cause d'illégalité.*

Et si, au contraire, nous n'acceptons pas de voir dans de tels actes de véritables actes juridictionnels, nous prenons une décision grave. *Puisque, l'acte juridictionnel pouvant prétendre en raison de son caractère à une existence spécifiquement propre, nous refusons de ne tenir compte que de ce caractère interne, puisque nous arrivons à introduire des distinctions basées sur la différence des autorités compétentes, nous en venons à affirmer que le point de vue*

(1) Bonnard, *Précis de droit administratif*, p. 470, où M. Bonnard cite l'arrêt Wuillet, Cons. d'Et., 14 juin 1942.

matériel ne suffit pas, qu'il faut lui adjoindre le point de vue formel.

Nous choisirons le second terme de cette alternative. Mais nous devons démontrer d'abord, et avec plus de détails que nous ne l'avons encore fait, que ce second critère est nécessaire. A ce propos, nous puiserons des arguments dans la question célèbre de la « juridictionnalisation ». Nous verrons aussi que les juristes les plus décidés à ne parler que de critère matériel n'ont pu se passer du critère formel. Enfin, nous devons dire ce qu'est ce critère formel.

Toute la première partie de notre étude est là pour témoigner que nous ne méprisons pas le critère matériel. Nous croyons simplement *qu'il ne suffit pas*. Nous constaterons qu'on ne peut accorder le caractère juridictionnel à certains actes auxquels notre critère matériel l'attribue. Nous chercherons donc à compléter ce critère. Tout naturellement le point de vue formel s'offre à nous.

Nous l'accueillons sans hésiter. Car nous lui voyons jouer un rôle important dans toutes les branches du droit. Une comparaison nous paraît utile. La loi est faite par le Parlement. Mais, étant loi, elle se présente comme une disposition par voie générale. A ce titre elle est, matériellement parlant, identique au règlement administratif. Or il est certain qu'elle possède une autorité, un caractère inviolable que le règlement n'a pas. Ce dernier est susceptible d'être attaqué par le recours pour excès de pouvoir. A celui-ci la loi n'est pas soumise. Il faut en chercher le motif dans le point de vue formel. Ainsi, l'acte de volonté qui répond à la fois au critère matériel de disposition par

voie générale et au critère formel de loi possède une autorité plus grande que l'acte de volonté satisfaisant seulement au critère matériel.

Il en est de même pour l'acte juridictionnel. Au point de vue matériel, l'acte d'un juge pénal qui constate une violation de la loi est identique à l'acte du fonctionnaire qui constate la violation par son inférieur de la loi du service. La constatation que fait le Conseil d'Etat de l'illégalité d'un acte administratif est identique, toujours matériellement parlant, à la constatation que fait le fonctionnaire supérieur de l'illégalité d'un acte juridique dont son subordonné est l'auteur. Pourtant, quelque chose nous dit qu'on ne peut attribuer à ces deux systèmes de constatations la même valeur. Le point de vue formel s'impose à nous. Ainsi, l'acte d'intelligence pure (il ne s'agit plus de volonté) qui répondra à la fois au critère matériel d'acte constatant la violation de la règle et au critère formel (encore à trouver) d'acte juridictionnel aura une autorité plus grande que l'acte d'intelligence ne répondant qu'au critère matériel.

Nous verrons qu'il aura de plus que ce dernier l'autorité de la chose jugée.

Si encourageante que nous paraisse la comparaison précédente, nous ne pouvons pas oublier que la quasi-unanimité des auteurs français contemporains prétend s'attacher uniquement au point de vue matériel. Seuls MM. Hauriou et Carré de Malberg ne consentent pas à abandonner le côté formel. Ils tombent alors dans l'excès contraire, le premier inconsciemment, et accordent aux questions formelles une place exagérée. Duguit a toujours vanté la parfaite valeur des critères matériels; cela ressort presque à chaque page de la lecture des deux premiers tomes du

Traité ⁽²⁾. Quant à M. Jèze, il a écrit des lignes qui ne laissent aucun doute sur sa pensée ⁽³⁾.

(2) Voir notamment la page 135 au paragraphe 14 (*Traité*, t. II, 3^e éd.) :

« Une erreur aussi très répandue consiste à déterminer les diverses fonctions juridiques de l'Etat d'après l'organe qui accomplit telle ou telle fonction. Procéder ainsi c'est, suivant une terminologie commode et de plus en plus répandue, se placer au point de vue formel... Pour distinguer du point de vue juridique les diverses fonctions de l'Etat, il faut se placer *exclusivement au point de vue matériel, c'est-à-dire considérer les actes accomplis dans leur nature interne, abstraction complète faite de l'organe, de l'agent qui est intervenu.* »

(3) Jèze, *Acte juridictionnel et classification des contentieux* (*Revue de droit public*, 1909, p. 667) :

« Quels sont les caractères essentiels auxquels se reconnaît l'acte juridictionnel? Quand peut-on dire qu'un acte juridique est un jugement proprement dit?

» C'est à coup sûr l'une des questions les plus difficiles en même temps que les plus importantes de la science du droit.

» A mon avis, il faut mettre de côté, pour résoudre cette question, *la qualité de l'auteur de l'acte, les formes dans lesquelles l'acte est accompli, les facilités données par la loi pour assurer l'exécution de l'acte*, et, d'une manière générale, *tous les éléments formels.* »

CHAPITRE II

JUSTIFICATION DE LA NECESSITE D'UN CRITERE FORMEL

SECTION PREMIERE

L'HISTOIRE

Il paraît difficile de nier, tout au moins beaucoup d'auteurs sont-ils d'accord pour l'admettre, que, dans une société primitive, tous les pouvoirs sont confondus sur une tête unique. L'ordre est assuré, semble-t-il, par une puissance à base de pouvoir disciplinaire et de pouvoir hiérarchique. Soit qu'on vénère une origine prétendue divine, soit qu'on s'incline devant une puissance de force, soit que le peuple délègue à un individu le pouvoir résidant en lui, un individu domine et commande. Pénalement parlant, il n'y a pas de justice répressive; le chef fait régner une *discipline* profitable à ses intérêts ou aux intérêts du clan. Il rend la justice civile, parce que la justice est une force, et qu'il entend détenir la force ⁽¹⁾.

(1) Mommsen, *Droit pénal romain* (traduction Duquesne, 1907, t. I, p. 453).

« La juridiction pénale, c'est-à-dire l'œuvre de répression d'un délit public ou privé appartenant au domaine dans lequel la communauté romaine exerce son action juridique, rentre, comme l'administration de la justice en général, dans les droits et les devoirs de la magistrature, et

A ce stade de l'organisation de la société, le chef est titulaire du *pouvoir hiérarchique* dans un sens très large : il commande. Il est titulaire du *pouvoir disciplinaire* dans un sens très large également : il réprime. Puis, avec les siècles, pouvoir disciplinaire et pouvoir hiérarchique vont changer de sens. Evolution infiniment complexe dans le détail, mais simple dans le principe. Le chef de l'Etat perdra certains de ses pouvoirs de justice, parce qu'il les aura délégués à des représentants qui finiront par prétendre à un droit propre, parce que, aussi, la masse des individus prendra graduellement une conscience plus nette de sa puissance et de sa valeur. Peu à peu, et par des transitions multiples, le

même exclusivement, dans les droits et les devoirs des fonctionnaires investis des pleins pouvoirs de la magistrature, c'est-à-dire de l'*imperium* ou de ce qui lui est assimilé. »

Esmein, *Histoire du droit français*, 14^e éd., p. 64 :

« Le roi franc rend lui-même la justice, et c'est là une de ses attributions essentielles. Pour cela, il tient un tribunal dans son palais... Le tribunal du roi n'est pas d'ailleurs une cour suprême à laquelle on puisse toujours appeler des sentences rendues par les juridictions inférieures; ...Mais le roi accueille les recours des parties lorsque celles-ci accusent le juge, non pas d'erreur, mais d'une injustice proprement dite ou d'un déni de justice. Cette prise à partie qui se trouve déjà dans la loi salique est maintenue et précisée par les capitulaires et est portée devant le tribunal du roi. *En dehors de ce cas, la compétence de ce tribunal est à la fois illimitée et indéterminée; elle n'a pour règle que la volonté même du roi.* »

Ibid., p. 12 : « En décrivant l'organisation administrative, j'ai en même temps décrit dans ses grandes lignes l'organisation judiciaire, car, jusqu'au bout, dans le monde romain, *les attributions administratives et judiciaires ont été réunies dans les mêmes mains*. Chacun des fonctionnaires que j'ai décrits était, en même temps, un juge, et, en principe, administrait à la fois la justice civile et criminelle.

Bonnard, thèse Bordeaux, 1903, p. 15 : « Dans tout groupement d'individus, il existe une règle de droit dont le caractère impératif oblige les individus à certaines actions ou abstentions. Une force est nécessaire pour assurer par divers moyens le respect de ces obligations... Or pour le détenteur de cette force, on remarque le processus suivant. *Au début, elle est entre les mains d'un seul individu qui est, le plus souvent, le chef du groupement* : et cela parce que les membres du groupement ne se sentent pas une conscience assez nettement définie de la règle de droit et qu'ils comprennent que c'est un certain individu qui, par suite d'une supériorité venant de diverses causes... a la conscience la plus nette... de cette règle... »

chef cessera d'être celui qui commande pour devenir celui qui organise. Nonimalement, il restera pendant longtemps le chef suprême de toutes les justices. En réalité, justice pénale, justice civile lui échappent. Il gardera souvent un suprême vestige de sa fonction disparue : le droit de grâce, survivance d'une époque où juger c'était aussi commander. Et il en sera ainsi, bien que plus lentement, pour toutes les fonctions de l'Etat.

Mais le chef de l'Etat, étant devenu celui qui organise, gardera pendant très longtemps (il garde presque intégralement encore) le pouvoir de nommer aux différentes fonctions. Il n'est plus à proprement parler ni un juge ni un chef, il est un organisateur de services publics. Dès lors, pouvoir hiérarchique et pouvoir disciplinaire ont un sens très spécial. Si le chef a perdu la justice elle-même, il est devenu, par contre, le pilier central d'une organisation compliquée, tous les jours plus vaste, les services publics. De ces services, il doit assurer le bon fonctionnement, et pour cela il a conservé, dans ce cadre restreint, son autorité d'autrefois. Il possède encore le droit de punir pour faire respecter la loi du service, il possède encore le droit de juger les actes de ses subordonnés, si besoin est de les réformer, pour assurer la parfaite légalité de ces actes.

A l'heure actuelle, ce dernier pouvoir lui échappe. La poussée des sentiments démocratiques et le principe d'égalité d'une part, le développement de l'idée de légalité et de limitation des gouvernants par le droit d'autre part, accentuent le mouvement de « juridictionnalisation ». Les formes, les procédures observées devant les juridictions ordinaires s'introduisent dans l'administration; de véritables tribunaux apparaissent qui grignotent le pouvoir disciplinaire du chef. Les fonctionnaires eux-mêmes prétendent

prendre leur part de la direction du service. Le pouvoir hiérarchique voit ses terres se restreindre.

Que faut-il conclure ?

Autrefois, le chef, juge suprême, faisait des actes juridictionnels, au sens matériel du mot, et ceci dans toutes les hypothèses où la solution d'une question de violation de la loi s'imposait. En matière de justice pénale et civile, des autorités deviennent promptement compétentes pour faire ces actes juridictionnels. Mais dans le cadre des services publics, grâce aux pouvoirs disciplinaire et hiérarchique, le chef garde le droit de faire des actes juridictionnels. Ce dernier vestige de son ancienne puissance de grand juge, il le perdra, lui aussi, graduellement.

La compétence des actes juridictionnels, au sens matériel du mot, « glisse » donc d'une façon continue des mains du chef de l'Etat, pour tomber entre celles d'agents déclarés compétents.

Peut-on soutenir que de tels actes, parce qu'ils sont faits par une nouvelle autorité, ont changé de nature intrinsèque ? Evidemment non. *Quelque attention qu'on y porte, on ne trouvera de changement que dans le point de vue formel.* Des actes de même nature au point de vue matériel sont faits par des autorités différentes. Il n'est pas dit que tel acte, juridictionnel au sens matériel, fait par le supérieur hiérarchique ou disciplinaire, ne sera pas fait demain par un véritable tribunal. Dans cette translation, aucune modification matérielle ne surviendra. Et puisque une intuition, qui sera corroborée bientôt d'une démonstration, nous dit qu'on ne peut accorder d'une façon définitive le caractère juridictionnel aux actes faits par le supérieur, puisque, d'autre part, nous sommes contraints de l'accorder aux actes faits par des juridictions organisées, il faut tracer une

limite formelle, en deçà de laquelle l'acte ne sera juridictionnel qu'au sens matériel, au delà de laquelle il sera juridictionnel aux sens matériel et formel à la fois.

L'analyse interne de l'acte juridictionnel a montré qu'il était nécessaire de recourir au point de vue formel. Ce très bref rappel historique nous conduit à un résultat identique. Il nous conduit aussi à considérer comme bien naturel qu'il se produise, à certains moments, des hésitations sur le point de savoir si tel acte, dont le caractère juridictionnel au sens matériel n'est pas douteux, a doublé le cap du caractère formel. Le cas des jugements disciplinaires en est un exemple frappant. On hésite encore à leur attribuer l'autorité de la chose jugée. Bien que le problème ne soit pas présenté de cette façon, nous croyons qu'il se résume à ceci : les jugements disciplinaires ont-ils satisfait au critère formel ?

Il est un autre exemple qu'il faut citer. C'est l'exemple historique du *ministre-juge*. Il porte la question sur le terrain de la légalité des actes administratifs. Le principe de la séparation des pouvoirs, la volonté bien arrêtée d'empêcher le « judiciaire » d'empiéter sur l'« administratif » ont amené le législateur à établir un système de juridictions indépendantes des organismes judiciaires, indépendantes aussi des autorités administratives. Leur fonction propre est de juger les actes administratifs. Mais, d'autre part, les fonctionnaires investis du pouvoir hiérarchique, dont le ministre est le type, ayant incontestablement le droit de faire des actes identiques, matériellement parlant, aux actes faits par les tribunaux administratifs, il va se poser la question suivante : de pareils actes, constatant l'illégalité d'actes ayant pour auteurs les fonctionnaires administratifs inférieurs, doivent-ils être assimilés aux

actes des tribunaux administratifs ? Jusqu'en 1872, date à laquelle la loi du Conseil d'Etat vint fixer son attitude, la juridiction administrative hésita. Tantôt elle se déclarait seule compétente pour faire des actes juridictionnels, tantôt elle affirmait, en termes exprès, que les décisions des fonctionnaires supérieurs étaient de véritables actes contentieux ⁽²⁾. Nous distinguons très nettement la période de transition. La difficulté est d'ordre exclusivement formel. Si la jurisprudence hésite, c'est qu'il lui manque le critère formel. Elle a, très obscurément, conscience de l'identité matérielle des différents actes. Son hésitation est une nouvelle preuve de la nécessité d'un critère formel.

SECTION II

LA DOCTRINE

Des auteurs qui ont étudié la question aucun peut-être, sauf Duguit, n'a su échapper à l'emprise du point de vue formel.

(2) Jusqu'en 1813, le Conseil d'Etat refusa expressément aux décisions ministérielles le caractère d'actes contentieux. Mais l'arrêt Chenantais (22 mai 1813, S., II. 344) rejette un pourvoi, le plaignant n'ayant pas adressé sa requête au ministre « qui devait statuer en premier ressort ». L'arrêt Rey (26 mars 1814, S., II. 535), l'arrêt Petit (27 août 1817, S., IV. 109) traitent le ministre de « premier degré de juridiction ». J.-B. Sirey écrit en 1818 :

« En nous familiarisant avec la jurisprudence du Conseil d'Etat, nous sommes convaincus que les décisions des préfets et des ministres, au détriment des droits privés ou en matière contentieuse, sont bien réellement réputées décisions de juge... ».

A partir de 1818, la question devient confuse. Le Conseil d'Etat voit son rôle diminué alors que la « juridiction ministérielle » est prospère. On trouve dans les requêtes l'expression « chose jugée devant le ministre ». On pose la question des « voies de recours » contre les jugements des ministres. Les conflits d'attribution entre ministres sont classés par Sirey au chapitre « Règlement de juges » ... Puis à partir du second Empire le Conseil d'Etat réagit.

Pour toute cette question, voir l'article d'Hauriou, dans le *Recueil de législation de Toulouse*, 1907, où l'on trouvera de multiples précisions accompagnées d'une quantité d'arrêts.

Nous en trouvons une première preuve dans le rôle que beaucoup d'auteurs font jouer, en le déguisant plus ou moins, à l'élément *contestation*. Hauriou en fait un élément essentiel du contentieux. « Qu'est-ce qu'une matière contentieuse? A mon avis simplement une contestation qui peut être tranchée par une solution de droit. » ⁽³⁾. M. Japiot la relie étroitement à la notion de litige. « Lorsqu'on parle de litige, il s'agit d'une contestation qui s'élève entre deux particuliers que le juge a pour mission de départager. » ⁽⁴⁾. Ainsi, l'élément contestation joue chez ces deux auteurs un rôle primordial ⁽⁵⁾. Pour Hauriou, il semble avoir une nature mal définie. Ce serait un élément de fond qui aurait une tendance à se commuer en un élément de forme : « L'élément de contestation influe donc sur les instances au point de devenir, dans le débat oral contradictoire, la forme même des procédures. S'il est une condition de forme il est aussi une condition de fond. » ⁽⁶⁾. Cette dernière phrase nous paraît exprimer exactement l'inverse de ce que l'auteur a voulu dire. Si nous saisissons bien la pensée d'Hauriou, il nous semble qu'il fallait écrire : s'il est une condition de fond, il en est aussi une de forme.

En réalité, quand le doyen Hauriou parle de contestation, il lui donne, sans le savoir peut-être, une valeur *exclusive-ment formelle*. La preuve en est qu'il la confond avec le caractère contradictoire de la procédure. Il est des recours « qui ne sont pas contentieux du tout, parce que le débat contradictoire n'y est pas organisé et ne peut même pas y

(3) Hauriou, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., p. 383.

(4) Japiot, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, 1^{re} éd., p. 119.

(5) Lureau l'a très bien noté aux pages 138 et suivantes.

(6) Hauriou, *Eléments du contentieux* (Recueil de législation de Toulouse, 1903, p. 23).

être conçu » (7). Et, non content de l'élément formel qu'est le caractère contradictoire, il en arrive à vouloir que la contestation s'exprime dans le caractère oral de la procédure. Ne parle-t-il pas de « l'introduction du débat oral à l'audience publique, c'est-à-dire de l'élément contestation » (8). Aussi pouvons-nous affirmer que, dans la doctrine d'Hauriou, la contestation n'a plus qu'une valeur formelle.

Nous en venons d'ailleurs à nous demander s'il n'a pas raison, si *l'élément contestation n'est pas un élément exclusivement formel*. Nous savons que le caractère matériel de l'acte juridictionnel se résume entièrement dans cette proposition : il a été posé une question de droit relative à la violation de la règle. Vouloir ajouter quoi que ce soit à cette formule c'est vouloir verser immédiatement et intégralement dans le point de vue formel. Parler d'agent compétent, de personne qualifiée, de modalités du débat, c'est poser la question formelle. Spécialement, en demandant qu'il y ait contestation, qu'une partie affirme alors qu'une autre nie, on habille la question de violation de la loi. Une pareille question se suffit à elle-même et ne peut être complétée dans le domaine matériel. Rien n'empêche de concevoir de multiples procédures où la contestation jouerait un rôle important, sans que ces procédures aient rien de juridictionnel. Citons les procédures engagées sur la compétence et la recevabilité. On nous répondra que c'est là une opinion toute personnelle et bien hardie. Mais n'importe quelle solution de question abstraite et concrète peut provoquer une contestation. Or ces questions ne sont liées

(7) Hauriou. *Eléments du contentieux, Recueil de l'Académie de Toulouse* 1908, p. 20.

(8) *Ibid.*, p. 16.

en aucune façon à la notion d'acte juridictionnel au sens matériel.

Entre le procès dans lequel l'exécution d'une obligation est contestée et la discussion dans laquelle on conteste que l'utilité publique exige ou n'exige pas l'expropriation de telle portion de terrain, quelle différence peut être faite du point de vue de la contestation? Aucune. Dans le premier cas, on veut aboutir à une question de droit principale relative à la violation de la règle. Dans le second cas, on tend à former une autre question principale relative à l'exécution de cette règle. Tel individu en refusant de payer telle somme viole-t-il la règle? La loi considérant que, dans telles et telles conditions d'utilité publique, on doit procéder à une expropriation, doit-on estimer que, dans tel cas concret, ces conditions sont remplies? Voilà les deux questions principales. Les deux supposent la solution préalable de solutions abstraites et concrètes. L'élément contestation peut s'introduire dans les deux cas sans que rien de juridictionnel au sens matériel l'accompagne.

Que cet élément soit une garantie excellente de bonne justice, nous sommes prêt à en convenir. Il se traduira par le caractère contradictoire de la procédure. Que l'on veuille affirmer que, sans contradiction, il ne peut y avoir de procès sérieux, nous l'admettons encore. Mais faut-il aller plus loin, et lier la contestation à l'acte juridictionnel? Les auteurs qui l'ont fait ont simplement cédé au besoin, conscient ou inconscient, de rechercher des éléments formels.

Le professeur Bonnard, toutefois, n'a point cédé à ce besoin-là quand il a voulu élargir l'idée qu'on se fait de la contestation, quand il a proposé de l'identifier avec « toute résistance » que peut éprouver, avant de recevoir satisfac-

tion, une demande fondée ⁽⁹⁾. Nous avons déjà dit que, ainsi conçue, la contestation, bien que n'étant pas un élément de l'acte juridictionnel, doit se retrouver dans toute procédure contentieuse. Mais nous avons cru devoir ajouter que le mot de contestation, pas plus que l'idée qu'il recouvre, ne nous semblait convenir exactement à la « résistance » dont parle M. Bonnard.

Si, comme le veulent certains auteurs, on élimine l'élément contestation du problème contentieux, on ne peut échapper quand même à l'emprise du point de vue formel. L'exemple de M. Jèze va nous le prouver.

Son attitude n'est point équivoque : « Il faut mettre *de côté tous les éléments formels*. » Et son analyse de l'acte juridictionnel est conduite avec le souci constant de ne faire appel qu'à des éléments internes. Le danger était, en pareille matière, de voir l'acte juridictionnel disparaître au profit de l'acte administratif. M. Jèze, dans le dessein de la fortifier, lui donne force de vérité légale, c'est-à-dire l'autorité de la chose jugée. Pourquoi ? L'auteur n'en donne aucune explication. « Toute constatation n'est pas un acte de juridiction. Il n'y a de juridiction que si la constatation a force de vérité légale. *Res judicata pro veritate habetur*. » ⁽¹⁰⁾. Cela prend figure de postulat. L'autorité de la chose jugée n'est pas éloignée d'être le critère de l'acte juridictionnel. Quant à cette autorité M. Jèze s'en remet à la loi de dire à quels actes elle s'appliquera : « C'est la loi seule qui peut donner à une certaine constatation la nature du jugement proprement dit, en formulant la règle que la constatation faite par tel ou tel agent dans telles ou telles formes sera tenue pour la vérité légale, ou, comme l'on dit,

(9) Bonnard, *Revue de droit public*, 1930, p. 384-385.

(10) *Principes du droit administratif*, 3^e éd., t. I, p. 48.

aura l'autorité de la chose jugée. Dès lors il faut dire que l'acte de juridiction au sens technique du mot est toute constatation officielle à laquelle la loi a attaché force de vérité légale. Et comme l'attribution de la force de vérité légale, d'autorité de chose jugée, *dépend exclusivement du législateur*, la nature juridique de l'acte de juridiction dépend, en grande partie, de la volonté du législateur. Pour savoir si l'on est ou non en présence d'un jugement proprement dit, il faut dégager la volonté du législateur... » (11).

Cela ne manque pas de clarté. Mais il est dès maintenant acquis que nous sommes plus dans le domaine matériel, et que, en conséquence, celui-ci est impuissant à déterminer seul l'acte juridictionnel. M. Vizioz écrit : « En insérant dans la notion de l'acte juridictionnel l'idée « de force de vérité légale » attachée à cet acte et qui lui est attachée par la seule volonté du législateur, M. Jèze n'abandonne-t-il pas le point de vue matériel et les critères purement objectifs qu'il avait mis à la base de son analyse et de sa classification des actes juridiques ? Ce qui, en définitive, donne à l'acte juridictionnel sa nature et sa physionomie spécifique, c'est la loi, c'est-à-dire un élément extrinsèque qui ne se trouve pas dans l'acte lui-même. » (12).

Ainsi la démonstration est faite : M. Jèze n'a pu maintenir sa théorie dans les limites du point de vue matériel. Du seul fait que la loi doit intervenir pour suppléer à l'insuffisance des critères internes, nous verrons l'autorité de la chose jugée, c'est-à-dire, dans la pensée de M. Jèze, la nature d'acte juridictionnel être attachée aux actes de *certain agents*, à moins qu'elle ne le soit aux *actes revêtus d'une certaine forme*. Autant d'éléments formels que M. Jèze pré-

(11) Jèze, *Revue de droit public*, 1909, p. 670.

(12) Vizioz, *Notions fondamentales de la procédure*, p. 33.

tendait exclure. Il y a, dans la pensée de notre auteur, une véritable contradiction. Elle trouve son expression parfaite dans une note de la deuxième édition des *Principes généraux* :

« Je suppose résolue la question très difficile de savoir quels sont les actes juridictionnels, c'est-à-dire les constatations auxquelles s'attache la force de vérité légale. Il y a là *surtout* (c'est M. Jèze qui souligne) une question de commentaire de textes ou d'interprétation de la volonté exprimée ou présumée du législateur. En effet, il dépend du législateur de conférer ou non à une constatation la force de vérité légale, et, par suite, le caractère d'acte juridictionnel. » Jusqu'à présent, l'auteur se cantonne dans le point de vue formel. M. Vizioz, dont nous avons pris la liberté de développer un peu la pensée, l'a montré. Mais immédiatement après, M. Jèze continue : « L'auteur, les formes, l'objet de la constatation sont d'importance secondaire. » (13). En deux phrases la contradiction est résumée, flagrante. Dans la seconde l'auteur revient à la pensée du critère matériel. La contradiction est atténuée, néanmoins, par les expressions « surtout une question de commentaire » et « importance secondaire ». Nous inclinons à croire que M. Jèze a quelque peu douté de l'importance exclusive du critère matériel et deviné par avance qu'on lui ferait le reproche de contradiction.

Avant de terminer ce commentaire de la doctrine de M. Jèze, on doit indiquer que les articles de la *Revue de droit public*, lesquels remontent à 1909, et la deuxième édition des *Principes généraux du droit administratif* ne correspondent peut-être plus à la pensée de leur auteur. Car on peut lire dans la troisième édition des *Principes*

(13) *Principes généraux*, 2^e éd., I, p. 147.

la phrase suivante : « C'est le *législateur* qui décide *discrétionnairement* que, dans tel cas, la constatation faite par tel individu aura force de vérité légale. Il dépend donc *exclusivement* du législateur que telle constatation soit ou non un acte juridictionnel. » (14). Il est impossible de parler de façon plus tranchante. On peut déduire de ces quelques lignes qu'il n'y a plus d'acte juridictionnel au sens matériel du mot, puisque le caractère juridictionnel dépend exclusivement de l'autorité de la chose jugée, qui dépend elle-même du pouvoir discrétionnaire du législateur. Seules des influences externes aux actes peuvent conférer le caractère juridictionnel. M. Jèze en arriverait-il à soutenir une théorie purement formelle, identique à celle de M. Carré de Malberg, dont nous parlerons bientôt? (15).

Avec M. Japiot le point de vue formel va officiellement trouver place dans la question juridictionnelle (16). Il ne jouera, il est vrai, qu'un rôle secondaire. Mais un pas décisif est franchi : le point de vue formel est reconnu nécessaire. La juridiction « est le pouvoir reconnu par la loi à *certaines personnes* de trancher les litiges par des décisions ayant l'autorité de la chose jugée » (17). Le point de vue formel est expressément introduit puisque l'auteur parle de pouvoir « reconnu par la loi à certaines personnes ». Cette attitude va se confirmer lorsque M. Japiot écrira : « On croirait pouvoir résoudre cette question d'une manière très facile en considérant simplement la personne ou l'organe

(14) *Principes*, 3^e éd., t. I, p. 48. C'est l'auteur qui souligne les mots législateur, discrétionnairement et exclusivement.

(15) Nous n'hésiterions pas à le dire s'il n'y avait pas, à la page 49, la phrase suivante : Le fait que le législateur exige, pour l'accomplissement d'un acte juridique, les formes usitées pour l'acte juridictionnel ne change pas la nature de cet acte.

(16) Japiot, *Traité de procédure civile*, 2^e éd., p. 114 et suiv.

(17) Japiot, *op. cit.*, p. 115.

dont l'acte émane... Cette façon de résoudre la question est absolument inadmissible, ou, en tout cas, cette observation ne pourra avoir qu'une utilité secondaire. L'idée séduisante que nous venons de rappeler est exacte en ce sens seulement *qu'une décision n'aura jamais le caractère de décision juridictionnelle ayant force de chose jugée, si elle émane d'une personne à laquelle la loi ne reconnaît aucun pouvoir de juridiction.* »⁽¹⁸⁾. Nous nous demandons comment, écrivant cette phrase, M. Japiot a pu parler d'utilité secondaire à propos du point de vue formel. Puisqu'il suffit de ce que la loi n'ait pas reconnu à une personne le pouvoir de juridiction pour que les actes de cette personne ne puissent avoir le caractère de décision juridictionnelle, il est bien évident que l'élément « organe compétent » joue, dans la détermination des actes de juridiction, un rôle au moins égal à celui de l'élément « nature interne de l'acte ». Quoi qu'il en soit, il est certain que, dans la pensée de M. Japiot, l'élément formel doit intervenir dans la détermination du caractère juridictionnel.

Avec Hauriou la situation va se renverser. Le point de vue matériel aura sa part, mais, sans que la raison en apparaisse très nettement, cette part sera moins grande que celle du point de vue formel. Nous inclinons d'ailleurs à penser que, en réalité, Hauriou n'a tenu compte que d'éléments formels. M. Vizios, qui ne partage pas cette opinion, écrit : « Hauriou distingue parfaitement... deux catégories d'éléments. Mais leur réunion est nécessaire pour qu'il y ait contentieux et juridiction véritables. La forme contentieuse ne suffirait pas à elle seule si la matière contentieuse faisait défaut. A l'inverse, une contes-

(18) Japiot, *op. cit.*, p. 108.

tation ne crée de contentieux que là où elle est soumise aux formes juridictionnelles ... » (19-20). Mais le même auteur ajoute aussitôt après qu'Hauriou donne une telle importance au point de vue formel que « parfois même on pourrait croire qu'il s'y rallie exclusivement » (21). Développant l'idée que le pouvoir juridictionnel touche au pouvoir exécutif (nous avons nous-même montré plus haut que la fonction juridictionnelle prend l'une de ses assises dans la fonction d'exécution, mais en donnant au mot fonction d'exécution un sens bien différent de celui que l'on donne au mot pouvoir exécutif) il écrit : « *Il sera utile d'insister sur le rôle joué par le pouvoir exécutif dans l'accomplissement de la fonction juridictionnelle. En réalité c'est le pouvoir exécutif qui assume cette fonction, tout en prenant bien soin de séparer les pouvoirs entre les autorités. Ces séparations sont ce qu'il y a de plus apparent, par exemple, la séparation entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire, telle qu'elle résulte des constitutions et des lois révolutionnaires. Mais, malgré leur séparation et malgré l'institution des conflits destinés à maintenir intactes les attributions de l'une et de l'autre, l'autorité administrative et la judiciaire sont deux branches d'un même pouvoir de volonté. Au point de vue opération de la volonté, il n'y a point de différence appréciable entre une décision exécutoire administrative et une décision juridictionnelle* » (22). Des deux côtés, c'est une dé-

(19) Visioz, *Notions fondamentales de la procédure*, p. 74.

(20) Le souci qu'a Hauriou de ne négliger aucun de ces deux points de vue apparaît admirablement à la page 383 de la 11^e édition du *Précis de droit administratif*. Hauriou se demande si le recours pour excès de pouvoir engendre un véritable contentieux. Il répond par l'affirmative, et, pour le prouver, examine la question : 1^o sous l'angle des formes contentieuses; 2^o sous l'angle du fond du litige ou de la matière contentieuse.

(21) Visioz, *op. cit.*, p. 75.

(22) Cela est rigoureusement vrai si l'on ne pense qu'à la décision con-

cision particulière intervenant sur une question litigieuse pour discerner et déclarer le droit avec effet exécutoire. C'est toujours la « détermination juridique du cas individuel » (Otto Mayer, *Droit administratif allemand*, Collection Jèze, t. I, p. 80). C'est aussi la constatation avec force de vérité légale de Jèze, avec cette différence que, dans la décision administrative, il y a affirmation par l'intéressé, tandis que, dans la décision juridictionnelle, il y a constatation par un tiers, car le juge déclare le droit d'autrui en tiers arbitre qu'il est, tandis que l'administration déclare le propre droit de l'administration, se montrant ainsi juge et partie; mais c'est la différence entre la justice publique et la justice privée. Or la justice privée, quoique moins évoluée que la justice publique, est déjà cependant une forme de justice et la décision exécutoire, qui est le début d'une voie d'exécution privée, est déjà une forme de jugement... Nous arrivons donc à cette conclusion que c'est le pouvoir exécutif qui assume la fonction juridictionnelle. *Il n'y a point d'autre différence entre la décision exécutive et la décision juridictionnelle que celle qui résulte des circonstances et de procédures* (23).

Peut-on affirmer de façon plus nette la seule valeur du point formel? Comme nous savons, d'autre part, qu'Hauriou prétend qu'il y a contentieux quand il y a contes-

sécutive à l'acte juridictionnel. Mais cela est rigoureusement faux si l'on pense à l'acte juridictionnel lui-même.

(23) Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, p. 280 et suiv., 2^e éd. — Nous avons eu l'occasion de montrer combien les processus de l'acte juridictionnel et de l'acte administratif étaient voisins. Mais nous ne saurions admettre la quasi-identité que Hauriou établit entre eux. Il restera toujours la différence de nature des deux questions principales : question de violation et question d'exécution de la règle. Si l'on ne fait pas cette distinction, le point de vue matériel ne peut que disparaître. C'est à quoi aboutit Hauriou.

tation ⁽²⁴⁾, et comme ce dernier élément, nous l'avons montré, n'a peut-être qu'une valeur formelle, on peut se demander ce qui, dans l'analyse d'Hauriou, reste dans le domaine matériel. L'auteur apparaît, en définitive, comme s'étant presque uniquement attaché au côté formel des actes. C'est là une attitude qu'on ne saurait défendre.

Elle est pourtant adoptée, et poussée à l'extrême, par M. Carré de Malberg. Sa position est tellement connue que nous nous contenterons de citer quelques lignes : « Pour qu'il y ait juridiction il ne suffit pas qu'il soit pris une décision portant sur un point de droit, contesté ou non, et consistant à dire le droit, mais il faut et, même en l'absence de tout litige, *il suffit* que cette décision soit prise par une autorité juridictionnelle, c'est-à-dire par une autorité spécialement affectée à l'exercice de la juridiction, cette autorité statuant dans des formes qui fournissent la garantie que la sentence sera exempte de tout arbitraire, conforme à l'ordre juridique en vigueur, déterminée par des motifs de pure légalité ou d'équité idéale, à l'exclusion de toute autre considération de buts administratifs ou d'intérêt général. » ⁽²⁵⁾.

Nous avons, pour ainsi dire, grimpé le long d'une échelle. A chaque barreau, on conférait à l'élément formel un rôle de plus en plus grand. La théorie de M. Carré de Malberg est au sommet de cette échelle, puisque, ouvertement, elle prétend ne s'attacher qu'au point de vue formel.

Cette étude des différents auteurs nous montre donc, chose que l'analyse et l'histoire nous avaient déjà révélée,

(24) Citons encore cette phrase : « ... Un contentieux est une contestation que les parties ont accepté de soumettre à un juge public. » (*Recueil de Toulouse*, 1905, p. 13.)

(25) Carré de Malberg, *Théorie de l'état*, t. I, p. 810.

qu'on ne peut échapper au point de vue formel. Si, de propos délibéré, on tente de l'écarter, il se glisse subrepticement et occupe parfois une place prépondérante, bien que cachée. C'est ce qui arrive à la doctrine de M. Jèze ⁽²⁶⁾.

On ne manquera pas de nous dire : « Et Duguit ? ». Nous y venons. Une place à part lui revient. Il est le seul auteur qui, à notre connaissance, ne se soit pas laissé inconsciemment surprendre par le point de vue formel. On peut contester, ce que nous avons fait, la justesse de l'analyse de l'acte juridictionnel proposée par lui. Mais on doit reconnaître qu'en prenant un à un les éléments qu'il croit découvrir, on ne trouve pas le moindre apport formel. L'acte juridictionnel se divise pour Duguit en trois parties : « 1° On pose au juge ou il se pose à lui-même une question de droit qu'il doit résoudre; 2° le juge donne une solution à la question de droit, une solution qui a force de vérité légale, qui est un élément de l'ordonnancement juridique; 3° le juge, tirant la conséquence logiquement nécessaire de cette conclusion, fait un acte juridique, acte-règle, acte-condition ou acte subjectif, tendant à la réali-

(26) M. Bonnard, relatant dans son article de la *Revue de droit public* (1928) les idées contenues dans le livre du professeur Merkl. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, écrit, à la page 678 : « Le point de vue matériel procède de la distinction entre les actes généraux et les actes individuels : ce qui revient dans la théorie courante à la distinction entre la création et l'exécution du droit. Le point de vue formel tient compte uniquement de la qualité attribuée à l'organe compétent. Or, avec le point de vue matériel, on aboutit à une distinction des fonctions qui ne cadre pas avec celle qui existe dans les organisations administratives positives. C'est ainsi que, de ce point de vue, le règlement administratif est exclu de la fonction administrative. Quant au point de vue formel, il repose sur un pur arbitraire dans la qualification des organes. Les difficultés sont encore pires quand il s'agit de préciser la distinction de l'administration et de la juridiction. Le professeur Merkl examine assez longuement les théories émises à ce sujet et montre que tous les essais de distinction matérielle entre ces deux fonctions ne sont pas en fait autre chose que des distinctions formelles. » Merkl, *op. cit.*, p. 24-26.

sation en fait de cette solution. » Quoi que l'on puisse penser de cette analyse, il faut reconnaître que rien ne vise tel organe déterminé, ni ne spécifie une certaine forme prévue. Le point de vue formel est donc écarté. On peut dire, il est vrai, que Duguit parle du *juge* et qu'il ne dit pas ce qu'est le juge, ou mieux quand un agent peut être appelé juge. Cela, il le dit ailleurs. « Par définition même, le rôle du juge est de résoudre une question de droit » (27), étant acquis qu'il s'agit d'une question de droit prise comme une fin, et non comme un moyen. Que cela soit tout à fait insuffisant pour servir de critère, nous croyons l'avoir montré par ailleurs; mais qu'il n'y ait aucune part faite au point de vue formel, nous sommes contraint de l'avouer.

Si nous essayons de résumer notre étude de la doctrine nous dirons que, Duguit étant mis à part, tous les auteurs ayant, souvent à leur corps défendant, fait appel au point de vue formel, ils sont tombés dans l'une des deux erreurs suivantes :

Ou bien ils n'ont voulu tenir compte que du point de vue formel, et c'est le cas de M. Carré de Malberg. Ce faisant, ils négligent l'une des conquêtes les plus importantes et les plus fécondes du mouvement juridique contemporain, la notion de critère matériel;

Ou bien ils n'ont voulu tenir compte que du point de vue matériel, et ils envisagent alors le point de vue formel comme susceptible de *fournir des moyens commodes d'arriver à déceler indirectement l'acte juridictionnel au sens matériel*. Ce faisant ils méconnaissent la valeur propre du point de vue formel.

(27) Duguit, *Traité*, 3^e éd., II, p. 429.

Insistons un peu sur ce point. Hauriou a parlé de « réactif » (28). Il en parle à propos de la contestation; celle-ci lui apparaît comme un élément de forme et de fond à la fois. Le terme de réactif nous semble être aussi répréhensible dans un cas que dans l'autre. Mais il est certain que cette idée de réactif s'est surtout imposée, dans l'esprit des auteurs, à propos du point de vue formel. S'ils ne le disent pas nettement, on ne peut en douter à la lecture soigneuse de leurs écrits (29). Le caractère formel d'un acte n'aurait ainsi que la valeur d'un symptôme.

Dans notre esprit, le critère formel n'est pas un réactif. Il n'a pas pour rôle de faciliter les discriminations, de suppléer un critère matériel dont les applications sont parfois malaisées. De même que l'acte juridictionnel nous paraît devoir, pour exister, satisfaire à certaines nécessités matérielles, de même il doit satisfaire à certaines nécessités formelles. Aucun de ces deux points de vue ne saurait servir d'intermédiaire pour parvenir à l'autre. Ce sont des domaines différents.

Ces nécessités formelles et matérielles déterminent deux zones. Dans l'une nous trouverons les actes juridictionnels au sens matériel, dans l'autre les actes juridictionnels

(28) Hauriou, *Recueil de Toulouse*, 1903, p. 19.

« Si le débat contradictoire est un bon réactif qui décèle l'instance contentieuse, on doit pouvoir employer ce réactif pour distinguer parmi les recours administratifs ceux qui sont contentieux et ceux qui ne le sont pas. Et c'est en effet ce qui arrive. »

(29) M. Lureau, dans sa thèse de doctorat, a écrit quelques lignes où cette conception est ouvertement défendue. M. Lureau rejette les critères formels et écrit : « Ce qu'il faut retenir de la théorie que nous critiquons c'est qu'il y a juridiction quand l'agent intervient pour résoudre une question de droit. Mais tandis que, d'après M. Carré de Malberg, cela se manifestera et se caractérisera dans l'acte de juridiction, à l'inverse de l'acte administratif, par les formes que nous connaissons, nous estimons, au contraire, que ces formes ne sont qu'accessoire et accidentelles, qu'elles peuvent servir sans doute à déceler l'acte juridictionnel, mais qu'il n'y a là qu'un moyen d'investigation et encore n'est-il que très imparfait. » (*Op. cit.*, p. 437.)

au sens formel. Ces deux zones coïncident partiellement : dans la région commune nous trouvons les actes judiciaires aux sens matériel et formel à la fois. A ceux-là nous accorderons l'autorité de la chose jugée.

L'analyse, l'histoire, l'étude des auteurs nous conduisent au même résultat : un critère formel est nécessaire. L'étude de la doctrine nous a donné l'occasion de préciser quelle place il devait occuper par rapport au critère matériel. Tout se résume en une proposition : les deux critères doivent être traités sur pied d'égalité. Il reste à dire maintenant ce qu'est le critère formel.

CHAPITRE III

LE CRITÈRE FORMEL DE L'ACTE JURIDICTIONNEL

Les juristes du droit public admettent communément une définition du point de vue formel qu'on ne peut accepter qu'avec réserves. Duguit écrit : « Un critérium formel est celui qui sert à déterminer la nature d'un acte d'après le caractère de l'organe ou de l'agent qui le fait » (1). La notion de critère formel apparaît ainsi comme exclusivement liée à la distinction des organes compétents.

Il n'est pas prouvé que cette définition soit suffisante. Il est difficile de ne tenir compte que de l'organe, sans accorder à *la forme de l'acte lui-même une certaine valeur*. M. Jèze semble, d'ailleurs, avoir du critère formel une conception beaucoup plus large que celle de Duguit. Sans vouloir préjuger de ce que peut être un critère formel, nous affirmons que, *a priori*, on ne peut considérer la question de compétence comme suffisant pour épuiser le problème formel.

La nécessité d'un critère de cette nature ressort, dans le domaine qui nous intéresse, du fait qu'on est amené, en appliquant le critère matériel, à considérer comme juridictionnels certains actes accomplis par les supérieurs investis des pouvoirs hiérarchique et disciplinaire. Aucun argument ne peut être découvert qui, logiquement parlant, condamne cette classification. Car les distinctions maté-

(1) Duguit, *Traité*, 3^e éd., II, p. 443.

rielles reposent uniquement sur l'analyse interne des actes juridiques. Sous peine d'en sortir, on ne peut accepter aucun apport étranger à cette nature interne. Les systèmes matériels ne seront donc que la mise en œuvre d'éléments toujours identiques, mise en œuvre où seul peut intervenir le *raisonnement logique*.

Beaucoup de sciences, dont la mathématique, s'en accommodent. La science du droit s'inspire parfois de considérations toutes différentes. Qu'il faille concéder une très large part au raisonnement logique, nous le croyons. Notre mentalité française, à base de cartésianisme, ne pourrait au surplus s'en passer. Mais, atteinte une certaine limite, il faut introduire les corrections qu'indique le *bon sens*.

La peine disciplinaire infligée par le supérieur hiérarchique, l'annulation pour illégalité de l'acte de l'inférieur peuvent-elles être précédées d'actes juridictionnels ? La logique dit oui : le bon sens dit non. Nous donnerons satisfaction à la logique en disant qu'elles sont précédées d'un acte juridictionnel au sens matériel, et satisfaction au bon sens en disant que cet acte n'est pas juridictionnel au point de vue formel.

Pour refuser de suivre le raisonnement logique, le bon sens allègue un motif simple. Il comprend que, tout en reposant sur une constatation de la violation de la loi, l'acte du supérieur s'inspire beaucoup moins du postulat fondamental, suivant lequel l'exécution de la règle ne se conçoit que conformément à cette règle, que de l'intérêt du service. Toute la théorie de l'acte juridictionnel au sens matériel n'est qu'une application du principe de légalité, conçu dans son sens le plus large. Or le fonctionnaire supérieur agira souvent, en punissant son inférieur, en annulant un de ses actes, non pour obéir au principe de légalité,

mais pour assurer le bon fonctionnement du service. Ne faut-il pas craindre alors que des punitions ne soient infligées, que des actes ne soient annulés sans que la violation de la règle ait été constatée ? Enfin, s'il arrive que l'intérêt du service et le principe de légalité ne soient pas conciliables, qui des deux primera l'autre ?

En fait, le principe de légalité a toujours fini par céder devant l'intérêt du service. Et l'on doit approuver. On ne peut toutefois oublier que la conception de l'intérêt du service peut changer, et change souvent, comme changent les organes dirigeants. Que soient réunies en une même personne la qualité d'organe politique et la qualité de chef de service, et les agents subalternes connaîtront les pires incertitudes. Il n'est qu'un remède : affirmer la valeur du principe de légalité, lequel atteint le chef et le subordonné, soumettre à la règle, plus stable que les hommes, le pouvoir d'annulation et de répression.

Le problème devient alors le suivant : organiser un *système de garanties*, grâce auquel on ait certitude que la répression disciplinaire et l'annulation des actes seront basées sur l'idée de la légalité.

Quels systèmes de garanties s'offrent à nous ?

1° Sur une même tête, celle du supérieur hiérarchique, sont confondus les pouvoirs de commander et de juger la légalité des actes et des attitudes des subordonnés. Cette confusion nous fait craindre que le point de vue de la légalité ne soit sacrifié à une conception trop personnelle de l'intérêt du service. La solution la plus simple est d'enlever au supérieur le pouvoir de juger et de l'attribuer à un autre organe. La première garantie formelle sera donc basée sur l'idée de *distinction des organes*. L'organe compétent pour commander ne le sera plus pour juger.

Comme nous devons constater, d'autre part, que le supérieur hiérarchique doit posséder, sous peine de perdre beaucoup de son prestige, le pouvoir d'annuler et de punir, nous le lui donnerons. L'acte disciplinaire, l'acte d'annulation accomplis par le supérieur seront encore précédés d'actes juridictionnels au sens matériel, puisque ceux-ci auront dû résoudre une question de violation de la règle. Mais, pour faire application de notre première garantie formelle, la distinction des organes, nous dirons qu'ils ne sont pas juridictionnels au sens formel. Ils y perdront l'autorité de la chose jugée.

2° Etudiant le problème de l'organe on est tenté d'aller plus loin. On peut estimer qu'un juge unique, bien que distinct du supérieur hiérarchique et disciplinaire, peut ne pas présenter toutes les qualités nécessaires. Le point de vue formel n'exige-t-il pas, avant d'accorder à un acte le caractère juridictionnel, que cet acte soit rendu par un organe ayant une certaine structure? Par exemple, on conçoit que la réponse à la question de violation de la règle, acte juridictionnel au sens matériel, puisse n'être juridictionnel au sens formel que si le tribunal est collégial et composé de juges inamovibles. La deuxième garantie d'ordre formel sera donc relative à la *structure de l'organe*.

3° Nous cherchons, grâce aux garanties formelles, à ce que la répression disciplinaire et l'annulation des actes administratifs soit conçue sous l'angle du problème de la légalité. Se méfiant du fonctionnaire supérieur nous l'avons privé du pouvoir juridictionnel. Peut-être serait-il plus simple de le *contraindre* à n'envisager que ce problème-là, en organisant un débat public, contradictoire, avec libre défense. Ainsi, *les formes mêmes de la procédure* peuvent donner un troisième système de garanties formelles.

4° L'acte juridictionnel doit être une réponse à une question de violation de la loi. La meilleure des garanties formelles ne sera-t-elle pas de faire une obligation au supérieur, s'il reste compétent, de justifier la réponse qu'il fait, par oui ou non, à la question principale? D'un mot, ne doit-on pas affirmer qu'une réponse à une question de légalité (acte juridictionnel au sens matériel) ne sera juridictionnelle au sens formel que si elle est *motivée*?

5° Enfin, pourquoi ne pas réunir toutes ces garanties : organe distinct du supérieur, constitué de plusieurs juges, statuant après une certaine procédure, motivant ses jugements ?

Le critère formel cherché devra-t-il les comprendre toutes, ou quelques-unes seulement, et, dans ce cas, lesquelles?

En fait, ces différentes garanties, toutes intéressantes, toutes utiles, ne seront appliquées qu'une à une. L'acte juridictionnel apparaît alors comme soumis à une « formalisation » de plus en plus poussée. Nous faisons ici allusion à ce phénomène bien connu qu'est la « juridictionnalisation ». Il illustre d'une façon parfaite tout ce que nous avons dit sur les rapports du matériel et du formel. Suivons-le pendant quelques instants, à propos de la répression disciplinaire.

L'acte juridictionnel existe du moment que le supérieur, avant de frapper son inférieur, résout une question de violation de la loi, de violation de la règle du service. Mais il n'est juridictionnel qu'au point de vue matériel.

Par la juridictionnalisation le point de vue formel va prendre une place sans cesse croissante. Il y aura d'abord *substitution d'organe compétent* : premier pas formel, le seul que beaucoup d'auteurs veulent connaître. Puis cet

organe aura une structure à part, se rapprochant de plus en plus du type jugé, à tort ou à raison, idéal. La procédure sera conduite suivant des formes se rapprochant elles-mêmes des procédures usitées devant les tribunaux ordinaires. L'acte final, enfin, pourra subir des modifications, être soumis à la nécessité du motif. Au cours de cette évolution, rien n'aura été changé au côté matériel de l'acte. Immuable de ce point de vue, il se sera senti glisser graduellement vers des régions où le point de vue formel joue un rôle sans cesse plus grand.

Si la juridictionnalisation doit être considérée comme une « formalisation », il ne faut pas croire que tout est « formalisation » dans la juridictionnalisation. Ainsi, la « légalisation des délits et des peines », classiquement rangée dans la juridictionnalisation, n'est pas une « formalisation ». En matière disciplinaire la légalisation des peines est déjà fort avancée : celle des délits l'est beaucoup moins, ce qui est parfaitement justifiable. Les modes d'exécution de la règle du service sont trop variés pour qu'on puisse prévoir toutes les infractions possibles. Si, toutefois, un texte vient préciser la loi du service sur quelques points, en dénoncer quelques violations, il ne pourra pas être considéré comme créateur de la règle. La difficulté d'interprétation de cette règle se verra seulement réduite. Il n'y aura jamais qu'une règle, dont l'acte juridictionnel au sens matériel a pour rôle de constater les violations.

Quant à la légalisation des peines, elle ne saurait davantage trouver place dans la « formalisation » de l'acte juridictionnel. La première raison en est que, là encore, la loi ne peut intervenir que pour préciser, non pour créer. La seconde raison est que le législateur, lorsqu'il prévoit une peine, ne s'occupe pas de l'acte juridictionnel, mais de la

décision consécutive. Dire que tel individu a porté atteinte à la dignité du service où il est employé, c'est faire un acte juridictionnel. Dire que cet individu est suspendu, c'est prendre une décision consécutive. Prévoir et préciser les conditions de cette décision, c'est s'occuper d'autre chose que de l'acte juridictionnel.

La restriction relative à la légalisation des délits et des peines étant faite, la juridictionnalisation apparaît comme la traduction des nécessités formelles auxquelles l'acte juridictionnel est soumis.

§ 1. — La distinction des organes.

Nous croyons pouvoir affirmer que la distinction des organes compétents nous donne l'essentiel du critère formel. Nous verrons même, plus tard, qu'il se résume en cela.

Nous rappelons que c'est la confusion entre les mains d'un même organe des pouvoirs de commander d'une part, de punir et d'annuler les actes des subordonnés d'autre part, qui crée la nécessité d'avoir recours aux distinctions formelles. Le supérieur hiérarchique nous semble ne pas remplir les conditions d'indépendance et d'impartialité que requiert une bonne justice. Il est juge et partie. Il risque de se former une conception de la règle du service d'après des raisons étrangères à l'intérêt de ce service. Il est compétent pour adresser à ses subordonnés des circulaires et instructions : de la sorte, il donne à son service une impulsion déterminée. Un de ses inférieurs, s'inspirant de motifs très louables, peut désapprouver le sens de cette impulsion; cela suffira parfois pour qu'une antipathie mutuelle grandisse. Elle risque de briser un jour, au grand détriment du service, la carrière d'un excellent agent.

Avant de prendre une sanction disciplinaire, le supérieur

aura résolu un acte juridictionnel au sens matériel, puisqu'il aura constaté, ou cru constater, une violation de la règle du service telle qu'il la conçoit. Contre cela nous ne pouvons rien. Mais nous priverons cet acte du caractère juridictionnel au sens formel, en déclarant que *posséderont seuls ce caractère les actes juridictionnels au sens matériel qui auront été faits par un organe distinct du supérieur hiérarchique ou disciplinaire*. Et, du même coup, nous l'empêcherons de produire les lointains effets dont un acte juridictionnel, en raison de l'autorité de la chose jugée, est capable.

Des raisonnements suivis pour obtenir ce critère formel on déduit une conclusion. Le problème ne se pose que dans l'hypothèse où il y a, entre la règle qu'on ne doit pas violer et l'individu dont l'acte est soumis à l'appréciation juridictionnelle, un autre individu investi du pouvoir de commander et de punir, ou, si l'on préfère, un supérieur. *Dans le cas contraire on peut dire que tout organe, quel qu'il soit, répond au premier désir du critère formel*. Une bonne administration de la justice peut conduire à préférer tel organe à tel autre organe. Mais la distinction formelle est toujours satisfaite, puisqu'aucun organe ne peut cumuler la double qualité de supérieur investi du pouvoir de commander et d'organe compétent pour juger.

On comprend alors sans peine pourquoi le législateur a pu se laisser aller à confier une véritable compétence juridictionnelle aux organes les plus divers. L'arrêté du 3 nivôse de l'an XI autorisait le ministre du Commerce à statuer sur les élections aux Chambres de commerce (la loi du 19 février 1908 est venue transférer cette compétence aux conseils de préfecture). Le même ministre a reçu compétence, en vertu du règlement d'administration publique du 24 août 1895 (art. 9), pour prononcer sur l'élection des

représentants des caisses d'épargne à la commission supérieure de ces caisses. Le décret du 14 mars 1903 confie au ministre du Commerce le contentieux des élections au Conseil supérieur du Travail. Le ministre de l'Intérieur, en vertu de la loi du 27 juin 1904, juge les « contestations relatives au domicile de secours et à l'admission des pupilles »; un recours au Conseil d'Etat est organisé. Le ministre de l'Instruction publique se voit abondamment pourvu de pouvoirs juridictionnels. Il reçoit du décret du 16 mars 1880 la compétence des élections au Conseil supérieur de l'Instruction publique et aux Conseils académiques. Même pouvoir, en vertu du décret du 12 novembre 1886, pour les élections des membres du Conseil départemental élus parmi les fonctionnaires de l'Instruction publique. Le ministre peut encore annuler les concours d'agrégation pour vice de forme (arrêté ministériel du 27 décembre 1880).

Dans tous ces cas, il y a certainement juridiction au sens matériel du mot puisqu'une question de légalité, de violation de la règle est posée. Dans aucun de ces cas, d'autre part, nous ne trouvons confondus dans la même personne les pouvoirs de juger et de commander. *La distinction formelle est automatiquement réalisée.* Que, parfois, l'organe ne présente pas toutes les garanties nécessaires, qu'il y ait mauvaise organisation des recours contentieux, qu'il faille voir là une survivance du ministre-juge et de la confusion des pouvoirs sur une tête unique, nous n'hésitons pas à le reconnaître. Mais la première exigence du critère formelle apparaît néanmoins comme satisfaite.

§ 2. — La structure des organes compétents.

La juridictionnalisation de la répression disciplinaire a conduit les juristes à se poser le problème suivant : quelle

structure interne doit avoir le tribunal compétent? Tous s'entendent pour reconnaître que le tribunal disciplinaire doit tendre vers le type des autres tribunaux, c'est-à-dire devenir un tribunal collégial. Nul doute qu'entre un tribunal de ce genre et le juge unique il y ait une différence. Nul doute encore que cette différence soit purement formelle, examinée, tout au moins, du point de vue de l'acte juridictionnel. Peut-on introduire cette différence formelle dans le critère? Nous ne le croyons pas. Rien ne nous autorise à dire que, du point de vue juridictionnel, il y ait une différence entre un organe composé d'un juge unique et un organe composé de plusieurs juges. L'esprit juridique d'un peuple donné commande une certaine répartition des compétences quant à l'objet du procès, et, parallèlement, une certaine structure des différents organes. Il est devenu banal de rappeler quelle opposition irréductible existe entre la mentalité anglaise, qui s'accorde fort bien du juge unique, et la mentalité française qui ne parvient pas, certaines expériences récentes l'ont encore prouvé, à l'accepter. Associons l'idée de bonne justice et l'idée de tribunal collégial, accordons à la question tout l'intérêt qu'elle mérite au point de vue organisation, mais n'allons pas jusqu'à faire de la différence de structure des organes une différence de nature.

§ 3. — Les formes dans lesquelles l'acte juridictionnel est accompli.

Il suffit de se remémorer quelques passages de MM. Carré de Malberg et Hauriou pour comprendre la nécessité et l'importance de ce paragraphe. Le dernier de ces deux auteurs ne dit-il pas : « Il n'y a point d'autre différence entre la décision exécutive et la décision juridictionnelle

que celle qui résulte des circonstances et des procédures ». Une pareille différence ne peut être classée que dans les différences formelles. A l'expression « formes dans lesquelles l'acte juridictionnel est accompli » nous donnons un sens très large. Il nous semble qu'elle doit contenir tout ce qui a trait à la préparation de l'acte, aux formalités qui l'accompagnent. M. Hauriou parlant de « procédures » et de « circonstances » utilise des termes très compréhensifs, et avec raison.

Précisons que le problème formel qui nous intéresse présentement touche, à certains égards, aux éléments internes de l'acte juridictionnel. Toutes les règles de droit formelles qui ont trait aux solutions de questions concrètes rentrent dans les formes et procédures. La loi exige souvent que la preuve par témoins soit soutenue du commencement de preuve par écrit. C'est une exigence formelle. Bien que touchant à un élément interne de l'acte juridictionnel elle doit nous préoccuper ici.

Donnons d'autres exemples : le chef du jury doit, en lisant le verdict, mettre sa main sur son cœur. Voilà un type d'exigence formelle. Tout jugement doit être rendu dans des formes précises, en présence de tous les magistrats qui prirent part au délibéré. Rappelons aussi que la procédure doit être conduite par ministère d'avoué. Tout cela est formel, exclusivement formel. Multiples sont les exemples de procédures où l'on trouve une imploration ou une invocation à la divinité; la quasi-unanimité des procédures connaît encore l'attestation de la même divinité sous forme de serment. On conçoit sans peine qu'une procédure soit nulle parce qu'on aurait omis de la faire précéder d'une invocation de ce genre. Une procédure conduite sans avoué devant le tribunal civil ou la cour d'appel

serait nulle pour la même raison. Il y aurait défaut d'un élément formel prévu par la loi.

De telles exigences formelles apparaissent bien modestes à côté des trois grands principes de nos procédures modernes : principe de libre contradiction, principe de libre défense et principe de la publicité des débats. On peut affirmer qu'ils sont aujourd'hui presque inséparables de l'idée de justice.

Le critère formel de l'acte juridictionnel ne doit pas comprendre de tels éléments ⁽²⁾. *Et c'est la notion même de critère qui le veut ainsi. Le critère doit permettre de distinguer, sous les formes infiniment variées des différentes espèces, le trait commun et fondamental qui permette de les classer toutes dans une catégorie unique.* Par définition, un critère est quelque chose de *constant*. Or rien n'est plus variable que les formes judiciaires et les procédures. Songeons aux différences profondes qui séparent la procédure devant le tribunal de commerce et la procédure devant le tribunal civil. Les modes de preuves n'ont guère de traits communs, la représentation par avoué, obligatoire devant l'un, ne l'est pas devant l'autre. Ainsi s'accusent les différences formelles entre des procédures qui, pourtant, conduiront toutes à un acte juridictionnel.

Cet argument, nous dira-t-on peut-être, ne signifie pas nécessairement qu'on ne puisse déceler aucune exigence formelle dont notre critère puisse s'enrichir. Mais nous ne voyons pas quelles pourraient être ces exigences de procédure ou de forme dont l'inobservation aurait pour résultat, *non pas de mettre en péril la validité de tel ou*

(2) En sens contraire, Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*. t. I, p. 810.

tel acte juridictionnel, mais de faire disparaître la nature d'acte juridictionnel. Le caractère contradictoire lui-même, dont personne ne peut méconnaître la haute valeur morale, n'est pas indispensable; il suffit de rappeler que la loi organise la procédure par défaut, où, par définition, la contradiction n'est pas assurée. Cette procédure conduit pourtant à un acte juridictionnel.

Il faut, en somme, distinguer deux choses : le critère formel et les conditions formelles de validité. La loi est maîtresse, et *seule maîtresse*, de régler les conditions formelles de validité d'un acte juridictionnel. Elle les multiplie suivant la gravité du débat, les adapte aux nécessités du procès, en fait pour le plaideur un cortège de garanties dans l'avenir, de sécurité dans le présent, en un mot de bonne justice. Mais cette robe de conditions formelles de validité n'ajoute rien de spécifique au corps qu'elle recouvre : ce corps, c'est l'acte juridictionnel. C'est lui que nous voulons déceler. Le critère matériel de la violation de la loi n'a pas suffi; nous voulons le compléter d'un critère formel. Ce critère ne remplira son office que s'il élimine les multiples variations formelles. La loi peut décider que tel acte juridictionnel devra être entouré de telles formes, et, pour cela, elle fait de l'observation de ces formes une condition de validité. Elle ne peut faire qu'un acte soit ou ne soit pas juridictionnel. Nous avons essayé d'établir que, suivant qu'une question relative à la violation de la règle était ou non posée, il y avait ou n'y avait pas acte juridictionnel au sens matériel. Puis nous avons cherché un système de garanties qui nous assurât que l'idée de légalité était présente, à l'exclusion de toute autre, à l'esprit du juge. Nous reconnaissons bien volontiers que la loi en a organisé de très efficaces avec la procédure contradictoire

et publique et la libre défense. Mais nous constatons que, du caractère contradictoire et de son corollaire, la libre défense, il ne reste, dans la procédure par défaut, que le principe. Nous constatons aussi que la loi a maintes fois et volontairement écarté la publicité des débats par l'institution des jugements en chambre du conseil et des débats à huis clos.

Comment contester, pourtant, le caractère pleinement juridictionnel des jugements par défaut ou rendus après débats à huis clos? Si les grands principes de contradiction et de publicité constituent souvent des garanties excellentes, ils doivent parfois être écartés.

Nous déciderons en conséquence que ces éléments formels ne peuvent être introduits dans notre critère. Celui-ci ne contient encore que le principe de la distinction des organes compétents.

§ 4. — La forme sous laquelle l'acte juridictionnel lui-même apparaît.

Un acte juridictionnel est une réponse à une question posée sur la violation de la loi. Elle s'exprime par oui ou par non. Cela est tellement simple qu'on ne conçoit pas deux manières de formuler une pareille réponse. Tout le formalisme que l'on peut inventer ne trouvera pas ici la plus petite aspérité où il puisse s'accrocher.

La réponse à la question de violation de la loi se présente, il est vrai, comme soutenue, élaborée, à coups de solutions données à des questions de droit abstraites et concrètes. Sans ces solutions premières, la solution de la question de droit principale perd beaucoup de sa valeur. On peut aller jusqu'à se demander si elle ne la perd pas tout entière. Or ces solutions trouvent leur expression

dans ce qu'on est convenu d'appeler les motifs du jugement. *L'acte juridictionnel ne doit-il pas, pour rester acte juridictionnel, être motivé?*

Insistons sur le fait que nous posons en ce moment une question d'ordre formel et non matériel. Nous ne revenons pas sur la structure ou la nature interne de l'acte juridictionnel. Nous voulons simplement savoir si, cet acte terminé, l'organe compétent est astreint, sous peine de ne pas faire un acte juridictionnel, à décrire toutes les phases de sa pensée, toutes les raisons de son opinion, ou bien s'il est seulement tenu de répondre à la question finale.

Après avoir longuement hésité, nous répondrons encore que la nécessité du motif ne peut fournir un élément du critère cherché. On a déjà vu, dans la première partie de notre thèse, que nous n'entendions pas mépriser les motifs. On verra mieux encore, dans la partie réservée à la chose jugée, que celle-ci ne peut avoir de valeur ni de sens si l'on n'accorde pas une place de premier plan aux motifs des jugements. Mais le problème étant, pour l'instant, bien circonscrit, les motifs ne peuvent trouver place ici. Il existe de véritables actes juridictionnels dans lesquels on ne peut trouver la moindre expression des motifs. Les arrêts des anciens parlements n'étaient pas toujours motivés. C'étaient pourtant des actes juridictionnels. Aujourd'hui la réponse du jury de la Cour d'assises n'est pas motivée : on peut même affirmer que le législateur, pour permettre au jury d'agir en toute liberté, a pris grand soin de ne lui demander aucune espèce de motifs. Or la réponse du jury est le type de la solution par oui ou par non donnée à la question de la violation de la règle. C'est un acte juridictionnel. On nous fera peut-être remarquer que

l'arrêt de la Cour d'assises est motivé : mais nous répondons que cet arrêt n'est que la décision consécutive à l'acte juridictionnel. Nous ne pouvons donc pas reconnaître un acte juridictionnel à ce qu'il est ou n'est pas motivé.

Résumons ces quelques pages et donnons-leur une conclusion. La distinction des organes compétents nous paraissait dès le début devoir jouer un rôle important. Toutefois nous n'avons pas voulu négliger certains autres éléments formels, auxquels des auteurs considérables semblaient accorder une grande valeur. Après nous être efforcé de rechercher tous les éléments qui pouvaient apporter leur concours à la « formalisation » de l'acte juridictionnel, nous avons cru pouvoir les éliminer un à un. Seule la distinction des organes peut fournir un critère, et ce critère se réduit à cette distinction. Il s'exprime donc de la façon suivante : *pour qu'il y ait acte juridictionnel au sens formel du mot, il faut que la solution de la question de violation de la loi soit donnée par un organe distinct du supérieur investi du pouvoir hiérarchique ou disciplinaire*. Nous ne pouvons rien ajouter de plus.

Mais, si nous cherchons un critère, nous désirons aussi ne pas déprécier ce qui est simplement formel. Les pages précédentes nous auront permis de montrer quelles différences séparent un critère et une condition de validité. Un acte, pour prétendre à la qualité juridictionnelle, doit satisfaire au double critère matériel et formel. Pour être déclaré valable, cet acte juridictionnel doit, en plus, se trouver conforme aux exigences formelles de la loi. Ces exigences varieront suivant l'importance de l'enjeu et le genre de procès. Elles varieront bien davantage encore

suivant le pays et le moment où nous nous placerons. Nous allons jusqu'à dire qu'elles *doivent changer*, que leur évolution, leur amélioration, sont un signe de progrès, que leur adaptation au genre de litige est une preuve de juste mesure entre ces deux adversaires également estimables, la prudence et la célérité (3).

(3) Il est peut-être utile d'illustrer la situation réciproque du critère formel et des conditions formelles de validité. Nous avons déjà parlé de la juridictionnalisation de la répression disciplinaire. Nous avons dit qu'elle n'était, en grande partie, qu'une formalisation. Le supérieur fait, avant de frapper, un acte juridictionnel au sens matériel. Cela ne suffit pas pour qu'il y ait acte juridictionnel au sens plein du terme. Le premier résultat de la juridictionnalisation est de faire sauter la compétence de la tête du supérieur sur la tête d'un autre organe. Dès lors, l'acte juridictionnel est réalisé, puisque les deux critères reçoivent satisfaction. Mais la loi peut être plus exigeante et continuer de « formaliser » la répression disciplinaire, c'est-à-dire d'accumuler sur elle des conditions formelles de validité. Elle organise un véritable tribunal, composé de plusieurs membres, une procédure à forme judiciaire, une défense et une contradiction libres... La nature juridique de l'acte ne change pas. Il était juridictionnel et il ne peut plus rien gagner sur ce point. Les considérations d'équité, de liberté, d'idéal qui trouvent leur expression dans la loi, ne peuvent rien modifier au critère établi. Elles ne sont que des conditions formelles de validité.

CONCLUSION

DE LA PREMIÈRE PARTIE

Notre étude de l'acte juridictionnel est terminée. Peut-être n'est-il pas inutile de jeter un coup d'œil en arrière.

Nous avons commencé par étudier ce que devait être l'acte juridictionnel. Son caractère essentiel, réponse donnée à une question posée sur la violation de la loi, s'est imposé à nous et nous a fourni le critère matériel. Nous l'avons appliqué à l'activité judiciaire en matière contentieuse. Ainsi, quantité d'actes judiciaires qui ne pouvaient faire figure d'acte juridictionnel ont été éliminés.

Ensuite, nous avons appliqué le même critère aux actes faits par l'administration. Ceci pouvait, un instant, paraître assez peu raisonnable. Mais nous avons promptement découvert deux hypothèses, où il y avait acte juridictionnel au sens matériel. Nous ne pouvions alors, sans quelque répugnance, continuer à parler d'acte juridictionnel. C'était introduire un critère formel. Histoire et doctrine sont venues nous en montrer la nécessité. Ce critère réside dans ce qui faisait la raison de la difficulté : la distinction des organes.

Par le jeu de ce double critère, nous savons maintenant,

de façon sûre, quand nous avons affaire à un acte juridictionnel.

Il nous faut passer à l'étude de la chose jugée. La nature et le rôle de l'acte juridictionnel étant nettement précisés, il sera désormais plus facile d'apprécier les conditions, les effets et la portée de cette autorité.

DEUXIÈME PARTIE
L'AUTORITÉ
DE LA CHOSE JUGÉE

TITRE PREMIER

L'AUTORITÉ DE LA SOLUTION
DE LA QUESTION DE DROIT PRINCIPALE
ET LA PORTÉE DE CETTE AUTORITÉ

CHAPITRE PREMIER

LA NATURE DE L'AUTORITE DE LA CHOSE JUGEE SON ROLE — SON EFFET DIRECT

§ 1. — L'autorité de la chose jugée ne peut s'appliquer qu'aux actes juridictionnels.

Nous entamons à présent la deuxième partie de cet ouvrage, réservée, celle-ci, à l'étude de l'autorité de la chose jugée. Il semblerait naturel de commencer par définir cette autorité. Nous ne le ferons pas encore. En effet, nous avons dit que le but de cette étude est de présenter l'autorité de la chose jugée comme un attribut spécifique de l'acte juridictionnel. Nous avons affirmé, dès les premières pages, que nous entendions les souder l'un à l'autre. Point d'autorité de chose jugée sans acte juridictionnel, et inversement.

Et c'est l'unique raison de la place considérable réservée dans notre travail à l'acte juridictionnel. Pour déterminer à coup sûr quels actes sont juridictionnels, nous avons établi un double critère. Nous croyons que ne pourront prétendre posséder l'autorité de la chose jugée que les actes donnant satisfaction à ce double critère.

Pour nous justifier, remarquons, d'abord, qu'on ne saurait accorder cette autorité à tous les actes de toutes les

fonctions de l'Etat. Dès lors, ne la posséderont que *certaines actes*. Et le problème redevient celui de la détermination de ces actes.

Ou bien l'on adoptera les systèmes de distinctions formelles : l'autorité appartiendra à tout acte fait par tel agent désigné, ou dans telles formes précisées par la loi. Nous rappelons que, pendant longtemps, on a cru les distinctions formelles suffisantes, et certains auteurs, au surplus, ne les ont point encore délaissées.

Ou bien l'on préférera les systèmes de distinctions matérielles : l'autorité sera le propre de tout acte ayant une certaine nature interne bien définie. Ce fut l'effort de l'école publiciste contemporaine de substituer ce second point de vue au premier.

Nous pensons qu'il faut réunir les deux modes de classifications et les compléter l'un par l'autre. Quant à la question spéciale qui nous occupe, nous ne pouvons accepter qu'un acte qui n'est pas juridictionnel au sens matériel ait l'autorité, car nous en reviendrions, ce faisant, à nier la valeur des classifications matérielles, en lesquelles, par postulat, nous avons foi. Et nous ne pouvons accepter davantage qu'un acte, juridictionnel au sens matériel, ait l'autorité, sans avoir satisfait aux exigences du critère formel. Car l'organe chargé de résoudre une question de violation de la règle peut avoir tentation de donner une réponse inspirée de considérations étrangères aux problèmes de légalité, et le critère formel n'a d'autre rôle que de nous indiquer quel minimum de garanties formelles on doit accepter pour qu'il n'en soit pas ainsi.

Nous considérons donc comme définitivement acquis que l'autorité de la chose jugée est un attribut spécifique de

l'acte juridictionnel, étant admis que seront juridictionnels les actes donnant satisfaction aux critères matériel et formel.

De ceci, nous allons déduire que, sans savoir ce qu'est l'autorité de la chose jugée, certains actes, auxquels on hésite à l'accorder, auxquels on l'attribue parfois encore, ne la peuvent avoir. Nous nous proposons donc de faire, dans ce premier paragraphe, un travail d'élimination.

Nous commencerons par rappeler que les actes dits de juridiction gracieuse ne nous intéressent d'aucune façon. On leur a promptement refusé l'autorité de la chose jugée, et sur ce point nous ne revenons pas. Mais nous avons longuement montré qu'une procédure contentieuse comprenait de nombreux actes n'ayant aucun caractère juridictionnel. Ils n'auront donc pas droit à l'autorité. Reprenons-les rapidement.

La jurisprudence décide presque sans défaillance que les décisions des juridictions d'instruction en matière pénale ne peuvent avoir l'autorité de la chose jugée ⁽¹⁾. Cela s'explique par le fait qu'elles ne répondent pas aux desiderata du critère matériel. Nous signalons simplement que la jurisprudence, égarée parfois par le nom de « jugement » donné à de pareils actes, est obligée d'invoquer, pour leur refuser l'autorité, le caractère non définitif de ces décisions. Ce faisant, elle crée une difficulté nouvelle, depuis longtemps aperçue d'ailleurs. Le terme « définitif » est employé dans deux sens différents : on l'utilise pour qualifier les jugements provisoires ou préparatoires par opposition aux jugements sur le fond, puis encore pour qualifier les juge-

(1) Voir Lacoste, *L'autorité de la chose jugée*, nos 1279 et suiv., et Hébraud, p. 120 et suiv.

ments sur le fond qui ne sont pas susceptibles d'être attaqués par une voie de recours. D'où résultent d'inévitables confusions. Dans le cas qui nous occupe, il n'est pas nécessaire de considérer le caractère préparatoire des actes; il suffit, pour leur refuser l'autorité, de constater qu'ils ne sont pas juridictionnels ⁽²⁾. La jurisprudence et la doctrine utilisent une expression très juste, correspondant très bien à l'idée d'acte-condition. Ils parlent du point de vue: y a-t-il lieu de suiye ? La question de violation de la règle, constitutive de l'acte juridictionnel, apparaît comme différée.

L'instruction du procès en matière civile comprend de très nombreux actes judiciaires. Aucun des actes répondant à l'appellation de jugements avant-dire-droit ou avant-faire-droit ne sont des actes juridictionnels au sens matériel. Aussi ne peuvent-ils avoir l'autorité de la chose jugée.

(2) Si la jurisprudence semble bien être décidée à refuser aux décisions des juridictions d'instruction l'autorité de la chose jugée, il faut reconnaître qu'elle a, parfois, de petites défaillances. Dans un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 22 mars 1928 (D. H., 1928, 273; D. P., 28. 1. 169, note de M. Henry), nous relevons les attendus suivants : « Sur le premier moyen pris de la violation des articles 1330 et 1331 du Code civil et 7 de la loi du 20 avril 1810; défaut de motif et manque de base légale en ce que l'arrêt attaqué a décidé qu'il n'y avait lieu à suivre contre les prévenus, sous le prétexte qu'en droit la remise ou l'acceptation d'une somme d'argent en vue de la rupture d'un contrat de travail sans observation du délai-congé ne constituait pas l'infraction prévue et réprimée par les articles 177 et 179 du Code pénal; alors que la même juridiction, statuant sur la même poursuite, avait décidé, en infirmant l'ordonnance de non-lieu, qu'il y avait lieu d'informer, par le motif que les mêmes faits constituaient le délit prévu par les articles 177 et 179, en sorte que la seconde décision vicie l'autorité de la chose jugée attachée à la première...

» Attendu qu'on ne saurait attribuer l'autorité de la chose jugée à un motif surabondant qui n'est pas reproduit dans le dispositif d'un arrêt aux termes duquel la chambre d'accusation se borne à juger qu'il y a lieu d'informer sur les faits incriminés;... » Ainsi l'autorité de la chose jugée ne fut écartée, dans cette espèce, que parce que le motif n'était pas reproduit dans le dispositif. Le fait qu'il ne s'agit que d'une juridiction d'instruction n'est pas invoqué : il constitue pourtant la seule base solide de la solution de la Cour suprême.

Pourtant, il est certains d'entre eux dont on dit qu'ils lient le juge. Nous allons voir que l'on est arrivé à des conclusions conformes à celles que donne une minutieuse étude de ces actes.

Les jugements préparatoires et interlocutoires se voient refuser par la doctrine et la jurisprudence l'autorité de la chose jugée. La chose n'est aucunement discutée pour les premiers; elle le fut beaucoup pour les seconds. Il semble bien qu'elle soit définitivement résolue par la négative (3). Et ceci s'explique facilement. Le critère matériel de l'acte juridictionnel demande qu'une question ait été posée sur la violation de la loi. Rien de semblable ne peut être discerné dans les jugements préparatoires et interlocutoires. Nous sommes en présence de mesures d'instruction, et il est tout naturel que le juge, en possession des éléments de preuve qu'il voulait acquérir, recouvre sa liberté d'appréciation. Rien n'a été jugé : rien ne peut avoir l'autorité de la chose jugée (4).

Les jugements provisoires ne sauraient être mieux traités. Un arrêt de la Cour de cassation du 27 février 1813

(3) Lacoste, n^{os} 27 et suiv. et 36 et suiv.

(4) Le principe que les jugements avant-dire-droit n'ont pas l'autorité de la chose jugée est certainement accepté par la jurisprudence. Il faut néanmoins indiquer qu'elle commet parfois des erreurs. Nous sommes convaincu que l'emploi malheureux du mot jugement suffit à les expliquer. Citons, par exemple, l'arrêt de la Cour de cassation du 11 juin 1928 (D. H., 28. 414). Dans une procédure en première instance, un médecin avait refusé de témoigner au nom du secret professionnel. Le tribunal civil, alors saisi de cette question par action séparée, concluait à l'impossibilité légale du témoignage. Dont appel. La Cour de Paris, sans juger cette question au fond, déclare l'action non recevable pour le motif que « l'enquête donnant lieu au litige étant depuis longtemps et définitivement close, il est de toute impossibilité que le docteur D... y soit désormais entendu, et que, dès lors, la demande de B... est sans objet ». Or le tribunal de première instance avait décidé que le délai de l'enquête serait prorogé jusqu'à ce que la juridiction compétente ait pu trancher la question de légalité du témoignage du médecin. S'appuyant sur ce motif, la Cour

(dont le grand âge ne fait qu'augmenter la valeur) admet que le tribunal peut revenir sur des mesures ordonnées par jugement provisoire, lorsque les circonstances qui les ont motivées viennent à se modifier ⁽⁵⁾. Peut-on dire plus clairement qu'il s'agit là d'administration, dont le rôle est d'épouser les fluctuations des circonstances et de parer aux nécessités ? Il serait vain de vouloir introduire ici l'idée de chose jugée ⁽⁶⁾.

La question des jugements définitifs avant-dire-droit est plus délicate. Nous avons montré jadis que, sous ce vocable, MM. Garsonnet et César Bru rangeaient des actes qu'il faut classer en catégories séparées. Mais ils nous donnent deux exemples de jugements définitifs avant-dire-droit, que nous avons relevés, et sur lesquels il faut revenir. Les auteurs parlent du jugement qui déclare que, en matière de revendication, les titres produits par le demandeur n'ont pas force probante, mais que celui-ci sera admis à prouver par témoins les faits de possession. Ils parlent ensuite du jugement qui déclare les droits contestés susceptibles de prescription trentenaire ⁽⁷⁾. Ces jugements, disent-ils, sont définitifs sur la qualité des titres produits et le caractère prescriptible des droits contestés. Nous croyons qu'ils ont raison. Mais il faut avoir soin de constater que ce ne sont pas là des actes juridictionnels, mais seulement des solu-

suprême a cassé au nom de l'autorité de la chose jugée. Nous voyons là une erreur; le « jugement » qui prorogeait le délai d'enquête était préparatoire, peut-être même interlocutoire, donc certainement avant-faire-droit. Il ne fallait donc pas parler de chose jugée. Il suffisait, pour motiver, de déclarer que le délai avait été régulièrement prorogé par une autorité compétente, judiciaire en l'espèce (mais non pas au moyen d'un acte juridictionnel), et que c'était violer la loi que méconnaître une décision régulière prise par une autorité compétente.

(5) S. et P. chr.

(6) V. Bordeaux, 31 décembre 1895, D. P., 97. 2. 97.

(7) Garsonnet et Cézard-Bru, t. II, n° 622.

tions de questions de droit concrètes. Aussi ne faut-il pas parler de chose jugée. S'ils lient le juge, c'est uniquement parce qu'ils constituent de véritables éléments qui contribueront à former la question principale. La loi a souvent prévu que les solutions de questions abstraites et concrètes seront données par une autorité distincte de celle qui tranchera la question principale. C'est le cas de toutes les questions préjudicielles. Jamais ces solutions n'ont l'autorité de la chose jugée. Mais elles lient le juge, car la loi a donné compétence à une autorité pour les résoudre. Ici, c'est la même autorité, le juge, qui donne les solutions à la question abstraite ou concrète, puis principale. Il y a seulement scission en deux parties de l'élaboration de l'acte juridictionnel. La solution donnée par MM. Garsonnet et César Bru est donc parfaitement admissible.

Quant aux jugements sur la litispendance ou la connexité, et aux jugements de renvoi, il suffit de rappeler qu'ils ne satisfont pas, eux non plus, au critère matériel. Ils ne peuvent avoir l'autorité de la chose jugée.

Viennent ensuite les ordonnances de référés. Nous avons montré que, dans beaucoup d'hypothèses, elle nécessitent de véritables actes juridictionnels. Elles demandent alors la solution d'une question principale relative à la violation de la règle. Mais cette question est la même que celle que se pose le tribunal pour trancher le procès de façon définitive. On peut donc dire qu'il y a ici répartition de compétence: le président du tribunal a une compétence juridictionnelle provisoire, et le tribunal a sur le même procès une compétence juridictionnelle définitive. Il y a acte juridictionnel dans les deux cas, et il est raisonnable de dire que la solution provisoire donnée par le président doit avoir l'autorité de la chose jugée. Nous verrons bientôt ce que cela

veut dire ⁽⁸⁾. La doctrine accepte d'ailleurs qu'il en soit ainsi. Lacoste affirme « que les ordonnances de référé sont de véritables jugements. Elles statuent sur un point contesté entre deux parties, et appartiennent à la juridiction contentieuse. Aussi sont-elles investies de l'autorité de la chose jugée. » ⁽⁹⁾.

Nous ferons remarquer toutefois que Lacoste commet, selon nous, plusieurs erreurs. Il croit que toute ordonnance de référé appartient à la juridiction contentieuse, parce qu'elle soulève toujours une contestation. Cela n'est point, nous l'avons déjà vu. Il n'y a problème contentieux que si une question est posée sur la violation de la règle, et il peut s'élever des contestations multiples sans que cette condition soit réalisée ⁽¹⁰⁾. Lacoste commet ensuite l'erreur classique qui consiste à confondre l'acte juridictionnel et la décision consécutive ⁽¹¹⁾. Il attribue l'autorité de la chose jugée aux ordonnances de référé. Or celles-ci ne peuvent être considérées que comme des décisions consécutives, parce qu'elles sont actes de volonté. N'étant pas des actes juridictionnels, elles ne peuvent avoir l'autorité. Si l'on veut parler de chose jugée dans le cadre des référés,

(8) Indiquons toutefois dès maintenant que cela signifie que l'on ne pourra plus poser une question de droit principale relative à la violation de la loi déjà résolue. A cette règle, qu'on doit considérer comme presque absolue, on ne peut apporter que des exceptions très rares. Les voies de recours, nous le verrons, sont un système d'exceptions. La question du référé introduit une autre exception. L'autorité de la chose jugée s'applique à la solution provisoire donnée au conflit par le président, quand celle-ci est un acte juridictionnel. Cela signifie que l'on n'aura pas le droit de reporter devant le président le même conflit. Mais on aura le droit de le porter devant le tribunal, parce que, sur ce point, il y a une exception à la règle de l'autorité de la chose jugée.

(9) Lacoste, n° 172. V. Garsonnet, t. III, p. 259, § 469, note 7.

(10) Voir p. 207.

(11) Voir ce que nous avons dit sur la distinction de ces deux éléments p. 143 et suiv.

il faut avoir grand soin de ne le faire qu'à propos de l'acte juridictionnel qui conditionne l'ordonnance, et qui, étant donné l'intérêt primordial que celle-ci présente au regard du plaideur, est littéralement escamoté. Une bonne analyse juridique doit redresser cette erreur.

Nous en arrivons aux jugements sur la compétence et la recevabilité. Nous avons tenté de montrer que, contrairement à l'opinion courante, il ne fallait pas y voir des actes juridictionnels, mais bien de simples actes-conditions⁽¹²⁾. Il nous faut donc en déduire ici qu'ils ne méritent pas l'autorité de la chose jugée. La jurisprudence a toujours affirmé le contraire⁽¹³⁾. La doctrine s'est assez peu préoccupée du problème. Mais nous sommes convaincu qu'elle le considère comme résolu par l'affirmative. Nous savons, au surplus, quelle est la gravité de notre conclusion. Cependant nous refusons l'autorité de la chose jugée aux jugements sur la compétence et la recevabilité parce qu'ils ne sont pas des actes juridictionnels.

Pour la même raison, nous devons la refuser aux décisions consécutives. Celles-ci se présentent comme des actes de pure exécution. Parler de chose jugée à leur sujet, c'est vouloir qu'elle s'applique à tout, même aux actes législatifs et administratifs (au sens matériel naturelle-ment)⁽¹⁴⁾.

(12) Voir p. 107 et suiv.

(13) Civ., 4 juin 1832, R. 48;; Cass. civ., 15 avril 1835, R., procès-verbaux, 146; Req., 4 avril 1866, D. P., 76. 1. 33; Civ., 30 nov. 1900, D. P., 04. 1. 337.

(14) C'est pourquoi nous ne pouvons accepter l'opinion de MM. Glasson, Morel et Tissier, consignée au tome I du *Traité de procédure*, p. 693 : « Les décisions rendues sur la compétence ont l'autorité de la chose jugée dans l'instance où elles ont été rendues, non dans une autre instance portée devant un autre juge. » Nous croyons qu'elles n'ont jamais l'autorité de la chose jugée. Et dans notre conclusion générale nous verrons quelle conséquence très importante il faut en déduire.

Une pareille conclusion est entrevue, accessoirement il est vrai, par certains auteurs de droit civil. A propos de questions spéciales, ils se rapprochent des principes que les auteurs de droit public ont tenté d'établir. Nous avons relevé, dans une thèse récente et fort belle, la thèse de M. Hébraud, les lignes suivantes :

« Cette solution, rapprochée de quelques autres que nous avons déjà signalées, achève de préciser ce qui constitue l'essence de la décision pénale et à quoi s'attache l'autorité de la chose jugée. Si l'on se rappelle que les décisions des tribunaux pour enfants, quoique ne prononçant aucune peine, jouissent de l'autorité de la chose jugée : que la grâce, qui dispense seulement de la peine, laisse subsister l'autorité, tandis que l'amnistie, qui efface le délit lui-même, l'enlève à la condamnation amnistiée, on pourra conclure que le véritable objet de la décision pénale n'est pas le prononcé de la peine, but pratique de l'action publique, mais la déclaration de culpabilité de tel ou tel délit qui en est le support moral nécessaire. L'application de la peine n'est déjà plus qu'une *question d'administration* et de politique criminelle; *seule la déclaration de la culpabilité rentre dans la véritable fonction de justice, et c'est à elle seule qu'appartient l'autorité de la chose jugée.* » (15). On ne peut mieux dire.

Les auteurs de procédure, en revanche, n'hésitent pas à reporter l'autorité de la chose jugée sur la décision consécutive. MM. Glasson, Morel et Tissier croient pouvoir s'exprimer ainsi : « L'autorité de la chose jugée a un effet... en ce qu'elle est la règle obligatoire, la reconnaissance du droit, ou la *condamnation*, ou l'*ordre*, ou la

(15) Hébraud, p. 288.

prohibition, ou la situation nouvelle qu'il faut respecter; on peut se prévaloir des droits constatés par le jugement ou en résultant; on peut agir en justice en vertu de ces droits; le juge devra faire exécuter la décision précédemment rendue. »⁽¹⁶⁾. Nous avons souligné tout ce qui, dans la pensée des auteurs, se rattache à l'autorité et qui doit, pourtant, lui rester étranger, puisqu'il s'agit de décision consécutive. L'erreur commise par les auteurs consiste en ceci : il y a confusion entre l'autorité de la chose jugée et les effets du jugement.

Tel jugement comporte la condamnation civile d'un individu; en vertu de cette condamnation, l'individu est exécuté. L'autorité de la chose jugée n'y est pour rien. La preuve en est qu'un jugement frappé d'appel, lequel, nous le verrons, a l'autorité, n'est pas exécutoire. Inversement, en matière de juridiction gracieuse, « on peut se prévaloir des droits constatés par le jugement ou en résultant : on peut agir en justice en vertu de ces droits; le juge devra faire exécuter la décision précédemment rendue » sans qu'on puisse trouver trace de chose jugée.

C'est en pensant aux effets du jugement, c'est-à-dire à la force exécutoire de la décision consécutive, que M. Bonnard dit que les jugements ont une « autorité matérielle »⁽¹⁷⁾. « Toute autre autorité est obligée de tenir compte du jugement et d'y conformer ses actes et ses décisions, ce qui implique notamment, pour les autorités administratives, l'obligation de faire les actes que comporte l'exécution du jugement. » Il est vrai que M. Bonnard fait également rentrer dans l'autorité matérielle l'impossibilité pour le juge de modifier ou supprimer le jugement qu'il a rendu, et

(16) Glasson, Morel et Tissier, t. III, p. 93.

(17) Bonnard, *Précis de droit administratif*, p. 127.

ceci, comme nous le verrons, est, en effet, un résultat de l'autorité de la chose jugée. Mais nous croyons qu'il y a le plus grand intérêt à dissocier avec soin ce qui est propre à l'acte juridictionnel, c'est-à-dire l'autorité de la chose jugée, et ce qui est propre à la décision consécutive, c'est-à-dire la force exécutoire. Si cette décision consécutive s'impose aux autres agents, et si ces agents ne peuvent refuser de collaborer à sa mise en œuvre, ce n'est pas parce qu'elle fait suite à l'acte juridictionnel, c'est parce qu'elle est un acte de la fonction d'exécution. Tout acte de cette fonction s'impose à tout agent, et la loi a prévu que tels et tels fonctionnaires devraient faciliter, en tout cas ne rien faire pour entraver la mise en œuvre des injonctions qu'il peut contenir. La décision consécutive en bénéficie, ce qui n'a rien de spécifiquement juridictionnel. L'autorité de la chose jugée doit, si l'on veut qu'elle soit quelque chose de spécial, être autre chose que tout cela (18).

Nous reconnaissons que priver la décision consécutive de l'autorité de la chose jugée nous met en opposition avec la règle célèbre : l'autorité de la chose jugée s'applique au dispositif, à l'exclusion des motifs. Or, nous l'avons vu, le dispositif ne contient souvent que la décision consécutive; celle-ci, tout au moins, en constitue l'élément prin-

(18) Se conformant à sa théorie de l'acte juridictionnel, M. Chiovenda, pour qui la seule décision consécutive a de l'importance (Voir note p. 158), considère que l'autorité de la chose jugée ne s'applique qu'à celle-ci ; « Dal concetto del' ufficio del giudice deriva necessariamente soltanto che le sentenza debba potersi mandare ad esecuzione, ma non che debba tenersi in futuro come norma immutabile del caso deciso. » (*Principii di diritto processuale civile*, p. 907.) Nous nous contenterons de signaler que le mot d' « exécution » se trouve dans le texte de M. Chiovenda. Tout notre effort a tendu, justement, à démontrer que la décision consécutive ne pouvait soulever qu'une question d'exécution. Mais si l'acte juridictionnel se réduit à celle-ci, il n'a plus aucun caractère propre. Pourquoi, dans ces conditions, croit-on nécessaire d'inventer l'autorité de la chose jugée? Il suffit de lui reconnaître l'autorité de toute décision exécutoire prise par un agent reconnu compétent.

cial. Il est donc impossible de maintenir cette règle, acceptée pourtant sans discussion par la doctrine et la jurisprudence.

En résumé, notre étude des actes du juge en matière contentieuse nous a permis de refuser l'autorité de la chose jugée à tous les actes d'instruction. Nous tombions en cela d'accord avec la jurisprudence et la doctrine. Les ordonnances de référés ne soulèvent pas, elles non plus, de difficultés graves. En revanche nous avons été contraint de prendre le contre-pied de la théorie classique au sujet des jugements de compétence et de recevabilité et au sujet de la décision consécutive. Nous croyons devoir maintenir notre conclusion. Elle ne paraît étrange qu'au premier abord, et elle nous conduira à l'une des déductions finales de notre travail.

§ 2. — A quel élément précis de l'acte juridictionnel s'applique l'autorité de la chose jugée.

Il ne suffit pas d'affirmer que l'autorité de la chose jugée ne s'applique qu'à l'acte juridictionnel. Car celui-ci, nous l'avons vu, est chose complexe. Semblable par nature à un syllogisme, il se compose d'un choix de faits, d'un choix de règle, et d'une conclusion. Mais nous savons combien compliquée est l'opération du choix des faits; elle se résout en un ensemble de solutions données à de multiples questions de droit. Ces solutions de questions de droit, et nous ne faisons que rappeler des choses déjà dites, ne se distinguent point par elles-mêmes des autres solutions de droit, et *il est impossible de rien trouver qui leur donne une allure spéciale, un caractère spécifique*. On ne peut donc leur conférer, en raison de leur propre nature, une autorité particulière. Si, plus tard, nous sommes amené à leur reconnaître des prérogatives anormales, leur nature

propre n'en sera pas la cause. Ce sera pour des motifs formels et non pas matériels. Pour le moment, nous n'arrivons à saisir que des solutions de questions de droit, identiques à celles qu'un fonctionnaire administratif doit donner avant de faire un acte de sa fonction, identiques à celles que tout agent doit donner pour exécuter la règle.

Mais, dans les multiples questions de droit qui composent l'acte juridictionnel, nous en trouvons *une* qui est la synthèse de toutes les autres, qui ne peut être résolue qu'après toutes les autres et grâce à elles, qui présente une nature spécifique, qui constitue à ce titre le critère matériel de l'acte juridictionnel, la question de droit relative à la violation de la règle. Nous savons qu'après elle l'acte juridictionnel est fini : nous savons que, jusqu'à elle, l'acte juridictionnel ne présente aucun caractère propre. Nous pouvons donc déduire que, *si l'acte juridictionnel doit avoir un attribut qui ne soit qu'à lui, cet attribut trouve son point d'attache en cet endroit-là, pas avant, et, plus certainement encore, pas après*. Cet attribut sera l'autorité de la chose jugée.

La solution principale en retirera naturellement un caractère spécial. Et nous laissons entendre à l'instant que ce caractère pourrait s'étendre, remonter vers les solutions de questions de droit, éléments de la question finale. Ces questions primaires sont les supports nécessaires de la question secondaire. Sans elles, cette dernière question cesserait d'exister. Aussi les solutions des questions primaires se teindront peut-être d'un *reflet* d'autorité de chose jugée. Mais, si cela vient à se produire, il faudra prendre soin de ne parler, à leur propos, *que de l'effet indirect de l'autorité de la chose jugée, et non de son effet direct*. Cette distinction entre effet direct et effet indirect aura dans notre étude une grande importance.

Nous savons maintenant à quel élément précis s'applique l'autorité de la chose jugée; le moment est venu de dire, non pas ce qu'elle est, mais ce qu'elle doit être.

§ 3. — L'autorité de la chose jugée. Son rôle négatif.

Nous avons vu, en étudiant l'acte juridictionnel, qu'il fallait admettre l'existence d'une fonction spécialisée dans la constatation des violations de la règle, dans les réponses aux questions posées sur la violation de la règle. Que cette fonction soit exercée par des autorités qui, simultanément, cumulent d'autres fonctions, peu importe. L'acte juridictionnel ayant sa nature propre (qui n'est pas celle d'un acte juridique), il implique une fonction correspondante.

Du fait qu'une fonction d'Etat est prévue, il résulte que cette fonction est considérée comme utile. La fonction législative n'a de sens que si la loi a force obligatoire. La fonction administrative n'a de valeur que proportionnellement au respect dont les actes faits par elle sont entourés. La fonction juridictionnelle existera dans la mesure où ses actes seront respectés. Il est de toute nécessité que, pour que la fonction juridictionnelle soit utile, on ne puisse considérer les solutions qu'elle donne aux questions de violation de la règle comme non avenues. *Vouloir recommencer le même procès, c'est nier la valeur de la fonction juridictionnelle.*

M. Vizioz a pu écrire au sujet de la force de vérité légale, qui, dans le vocabulaire de M. Jèze, désigne l'autorité de la chose jugée : « N'est-ce pas là d'ailleurs une condition indispensable de la mission du juge? On s'adresse à lui pour qu'il mette fin soit à une violation ou ce que l'on

croit être une violation du droit, soit à l'incertitude qui pèse sur une situation juridique et qui empêche d'en recueillir le profit, et ce résultat ne peut être atteint que si le juge confère à l'acte, à la situation juridique, au fait sur lequel porte la prétention, un caractère légalement certain, incontestable. *C'est par cette autorité, cette force de vérité légale qui s'attache à la constatation du juge que la fonction juridictionnelle remplit son but social.* » (19).

Nous posons comme une conclusion de bon sens que, la fonction juridictionnelle étant organisée, les actes faits par elle ne pourront être méconnus. Ajoutons que la loi peut donner aux individus la faculté de porter plusieurs fois devant des juridictions de même degré le même procès. Cela n'est qu'une question d'organisation juridictionnelle. En droit français (sauf dans le cas d'opposition) la solution contraire est reçue : on ne peut porter le même procès que devant une juridiction d'appel. Mais il est aisé de concevoir une législation où les plaideurs auraient le droit de soumettre plusieurs fois au même tribunal la même affaire. *Il faut seulement, pour que la fonction soit respectée, que cette série ait une fin.* La fonction sera d'autant plus respectable que cette fin sera plus vite atteinte. Si cette limite n'est pas tracée, il n'est peut-être pas trop osé de dire que la fonction, devenue inutile, disparaît.

Ajoutons encore qu'il n'est nullement question, ici, de la sanction et de la contrainte sociale qui accompagne l'acte juridictionnel. Ceci n'est plus que de l'administration, mieux de la police, en tout cas quelque chose ayant uniquement trait à la fonction d'exécution.

Comment faire respecter la fonction juridictionnelle? En posant le principe de l'autorité de la chose jugée.

Que doit être cette autorité? *L'interdiction de porter à*

(19) Viziosz, *Les notions fondamentales de la procédure*, p. 32.

nouveau devant la justice le même procès, étant acquis qu'un procès donné est défini par la question principale qu'il soulève.

L'autorité de la chose jugée a donc un rôle négatif.

Premier exemple. — Paul intente contre Pierre un procès en rescision d'une vente pour lésion de plus des sept douzièmes. A la question posée sur la violation de la règle, règle qui dit que le prix d'un immeuble ne pourra pas s'écarter de sa valeur réelle de plus des sept douzièmes, le juge répond par la négative. Paul est débouté. Ce jugement a l'autorité de la chose jugée. Cela signifie qu'il est défendu à Paul de recommencer le même procès, avec les mêmes éléments de fait, soit devant le même tribunal, soit devant un autre tribunal. L'autorité de la chose jugée n'implique rien d'autre.

Deuxième exemple. — Jacques intente contre Pierre une action en exécution d'un contrat de bail. Pierre nie l'existence de ce contrat. A la question posée sur la violation de la règle, en l'espèce violation d'une situation subjective de locataire, le juge répond par l'affirmative. Pierre sera condamné à mettre Jacques en état de jouir. Cette condamnation ne nous intéresse pas, puisqu'il s'agit de la décision consécutive. Mais, auparavant, le jugement a donné une réponse affirmative à la question de violation de la règle. Ce jugement a l'autorité de la chose jugée. Ceci veut dire que Pierre n'a plus le droit d'aller devant la justice pour faire recommencer le procès dans les mêmes conditions. L'autorité de la chose jugée, parce qu'elle a un rôle négatif, s'y oppose.

Mais on doit bien se garder de rien ajouter de plus. L'autorité de la chose jugée ne nous permet, pour l'ins-

tant, de déduire aucune autre conclusion. C'est ainsi qu'elle ne nous permet pas encore de considérer l'existence du contrat de bail comme à l'abri de toute discussion. Sur ce point, il ne peut pas y avoir autorité de la chose jugée, parce qu'il n'y a pas acte juridictionnel. Il n'y a qu'une réponse à une question de droit concrète, ce qui, nous l'avons dit bien souvent, ne présente aucun caractère spécifiquement juridictionnel. Il y a chose jugée sur un point unique, à savoir que, dans certaines conditions, on a pu constater une violation de la règle. Cela, en effet, est spécifiquement juridictionnel.

Nous verrons néanmoins, en étudiant les effets indirects de l'autorité de la chose jugée, que l'existence même du contrat de bail finira par ne plus pouvoir être mise en doute. Mais ce sera là un effet indirect de l'autorité de la chose jugée, effet attaché à une solution concrète, et non pas l'effet direct de l'autorité qui ne peut s'attacher qu'à la solution principale. Nous avons déjà dit que cette distinction est très importante.

Donc, l'autorité de la chose jugée a un effet négatif. Elle paralyse toute tentative nouvelle, faite dans les mêmes conditions, devant la même juridiction ou devant une autre juridiction. Elle ne s'applique qu'à la réponse donnée à la question de violation de la règle.

L'effet négatif de l'autorité de la chose jugée est apparu depuis longtemps aux yeux des juristes. « Les procès doivent avoir une fin ». Ainsi traduisait-on, par une idée pratique, la nécessité de donner un rôle utile à la fonction juridictionnelle. Cet effet négatif, l'autorité de la chose jugée l'a toujours gardé ⁽²⁰⁾. Malheureusement la doctrine

(20) Un auteur allemand, M. Goldschmidt, affirme au contraire que l'autorité de la chose jugée a changé, que, de négative qu'elle était en droit

et la jurisprudence ne l'ont pas séparé de l'effet indirect de l'autorité, qui s'attache, dans notre droit français tout au moins, aux solutions de droit concrètes. On n'a pas su voir que la mission de l'autorité de la chose jugée n'était pas d'interdire, désormais, que la réalité de tel fait soit mise en doute, que l'acte de tel individu soit à nouveau discuté. On n'a pas compris que sa mission était, avant tout, d'interdire de recommencer le même procès, et que tout le reste n'était qu'effet indirect et non plus effet direct.

Reconnaissons bien vite que cette erreur est toute naturelle. Le droit, avant d'être une science théorique, poursuit des fins essentiellement pratiques. Or, innombrables sont les espèces où il est utile d'invoquer les effets de l'autorité de la chose jugée attachés aux solutions concrètes. Très rares sont les cas où peut jouer l'autorité strictement définie, ainsi que nous l'avons fait, et attachée exclusivement à la solution de question principale. La seule règle : l'autorité de la chose jugée au criminel s'impose au civil (21), suffisait pour faire naître de multiples occasions d'utiliser

romain, elle est devenue, en droit allemand tout au moins, positive : « Die Bedeutung der materiellen Rechtskraft ist eine Feststellungswirkung dahingehend, dass der Richter jedes künftigen Prozesses an die im dem Urteil enthaltene Entscheidung gebunden ist : Die Funktion der materiellen Rechtskraft ist also eine positive. Sie ist nicht, wie im älteren römischen Recht (*bis de eadem re ne sit actio*), eine negative, die Aussicht auf erneute Verhandlung und Entscheidung der entschiedenen Streitfrage konsumierende, mit anderen Worten, ein Prozesshindernis, wie es die materielle Rechtskraft noch heute im Strafprozess ist. » (Goldschmidt, *Zivilprozessrecht.*, p. 132.)

(21) La jurisprudence et la doctrine admettent sans la moindre restriction que les jugements répressifs s'imposent au juge civil. Or, il est évident que, un procès pénal nécessitant la solution de certaines questions concrètes, ce sont ces solutions concrètes que le plaideur entend utiliser devant le juge civil, puisque, par définition, la question principale sur la violation de la règle, pénale dans le premier procès, civile dans le second, a changé.

les effets indirects attachés aux solutions concrètes. Au contraire, pour voir à l'œuvre, dans ses effets directs attachés à la solution principale, l'autorité de la chose jugée, il faut supposer qu'un plaideur malheureux veut recommencer, dans des conditions identiques, le même procès. Une telle attitude est si nettement déraisonnable qu'elle ne peut être bien fréquente. Il en est pourtant des exemples⁽²²⁾.

Les apparences sont souvent trompeuses. Tel est, présentement, le cas. L'autorité de la chose jugée se dissimule avec adresse. Il nous a fallu quelque peine pour montrer à quels actes elle s'applique, et en quel point précis de ces actes on doit la placer. Il n'est pas moins difficile de bien saisir ce qu'elle est. On a tellement l'habitude de dire « il a été jugé par le tribunal répressif qu'il y a eu contrat entre ces deux personnes, et l'autorité de la chose jugée s'oppose à ce que l'on doute de ce contrat », qu'il faut un

(22) Conseil d'Etat, 5 février 1904, Lebon (p. 81), Urbain :

Considérant que la demande introduite le 20 novembre 1900 par le sieur Urbain tendait aux mêmes fins que celle sur laquelle il avait été statué par un arrêté du 27 sept. 1898; qu'ainsi c'est à bon droit que le conseil de préfecture, qui avait épuisé sa juridiction, l'a rejetée comme non recevable...

Conseil d'Etat, 20 mai 1904, Lebon (p. 437), consorts Dufau et Magnier.

Considérant que, par un premier pourvoi enregistré au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, le 21 févr. 1902, sous le n°..., les consorts Dufau et Magnier ont demandé l'annulation d'un arrêté du 22 oct. 1901 qui a prononcé le classement du chemin vicinal n° 5 dit du Bocage, et, en tant que besoin, celle de l'arrêté du 26 octobre 1891 délimitant le bras de la Seine, dit bras du Bocage, sur le territoire de la commune de l'Isle-Saint-Denis, que par un second pourvoi enregistré le 1^{er} déc. 1902 les requérants ont de nouveau déféré au Conseil d'Etat l'arrêté du 26 oct. 1891;

Considérant que, par décision du 25 mars 1904, le Conseil d'Etat a statué sur la légalité des arrêtés préfectoraux susdatés, en rejetant la première requête qui les lui avait déférés tous les deux; qu'ainsi cette décision a rendu sans objet la seconde requête des consorts Dufau et Magnier...

Dans les deux arrêts du Conseil d'Etat que nous venons de rapporter il est fait une application stricte et exclusive du rôle négatif de l'autorité de la chose jugée.

certain effort pour comprendre que cela n'est pas rigoureusement exact. L'autorité de la chose jugée atteindra sans doute un pareil résultat, mais ce sera par ricochet. Pour l'instant nous ne sommes autorisé à formuler qu'une seule proposition : l'autorité de la chose jugée interdit de recommencer le procès qui est né à propos de l'exécution de ce prétendu contrat. En d'autres termes, il est impossible de poser à nouveau, parce que déjà tranchée, une question relative à la violation d'une certaine situation juridique, ou bien encore, *le fait de la violation de la règle, une fois constaté par le juge, doit être tenu pour constant* ⁽²³⁾.

§ 4. — L'autorité de la chose jugée est négative *erga omnes*; première apparition de l'idée d'autorité absolue et de l'effet positif de l'autorité de la chose jugée.

Nous venons de voir que la fonction juridictionnelle exige, pour ne pas perdre toute valeur, que la solution donnée à une question de droit posée sur la violation de la règle ne puisse pas être méconnue. Une partie qui voit le juge répondre « non » à la question posée par elle ne peut poser à nouveau cette même question. Une partie qui voit le juge répondre « oui » à la question posée par son

(23) M. Chiovenda, ne voulant s'attacher qu'à l'acte de volonté du juge, dit exactement le contraire :

« *Giuridicamente*, come abbiamo veduto da principio, la cosa giudicata non riguarda la affermazione della verità dé *fatti*, ma della esistenza di una volontà di legge nel caso concreto. » (*Principii*, p. 909.)

Il faut remarquer que, si M. Chiovenda emploie le mot de « fait », c'est, sans aucun doute, dans le sens classique. Ceci revient à dire qu'il désigne par là une solution concrète, en laquelle les auteurs voient d'ordinaire l'objet de l'acte juridictionnel. Mais peu importe le fait dont s'agit : il reste que nous voyons l'effet de l'autorité de la chose jugée dans l'impossibilité de mettre en doute l'existence d'un *fait*, et que M. Chiovenda le trouve dans l'affirmation d'une *volonté*.

adversaire, en d'autres termes qui perd son procès, ne peut poser à son tour la même question pour tenter de la faire résoudre dans un sens différent. Tout cela rentre dans le cadre des effets négatifs de la chose jugée.

Mais, désireux de rendre la fonction juridictionnelle utile, nous ne devons pas nous arrêter là. Si nous abandonnons les parties au procès pour nous occuper des tiers, nous allons pouvoir étendre le raisonnement précédent. De même qu'une partie n'a pas le droit de reporter devant le juge un procès déjà jugé, c'est-à-dire de poser pour la seconde fois la même question de violation de la règle, de même elle ne *peut y être contrainte par qui que ce soit*.

Aucune restriction n'apparaît *a priori* dans le rôle négatif de la chose jugée. Si Paul a obtenu du juge une réponse qui constate que Pierre, en refusant de le payer, viole la loi et si, pour une raison quelconque, Paul veut utiliser cette réponse contre Jacques, tiers au procès, ce dernier ne peut pas le contraindre à obtenir du juge une nouvelle constatation de la violation commise par Pierre. *Car ce serait l'obliger à poser au juge une question de droit principale déjà résolue, ce qu'on ne peut faire sans diminuer l'utilité de la fonction juridictionnelle.*

Supposons maintenant qu'Emile ait obtenu du juge une réponse constatant que, en lui refusant la qualité d'enfant naturel, Ernest viole la loi. Emile veut utiliser cette réponse contre François, tiers au procès. Celui-ci ne peut le contraindre à poser une seconde fois, pour qu'elle puisse être utilisée ensuite contre lui, la même question de violation de loi. — Supposons que Paul ait vu le juge répondre négativement à une question posée sur l'illégalité d'un règlement administratif. Louis ne pourra poser au juge la même question d'illégalité du même règle-

ment⁽²⁴⁾. Toutes ces solutions ne sont que l'expression des effets négatifs de l'autorité de la chose jugée.

Si nous voulons reprendre le raisonnement sous une forme un peu différente, nous dirons : l'autorité de la chose jugée découle, selon nous, de la nécessité de donner à la fonction juridictionnelle un rôle efficace. Si les actes que font les agents de l'état dans le cadre de cette fonction ne sont pas respectés, elle perd toute valeur pratique. D'où résulte l'interdiction de reporter devant la justice la question de droit principale, relative à la violation de la règle, dont la solution a déjà fait l'objet d'un acte juridictionnel. Or, dans ce raisonnement, *nous n'avons pas eu besoin d'introduire la notion de parties au procès*. Ce qui revient à dire que l'interdiction de poser à nouveau une question principale déjà résolue s'adresse à toute personne, partie ou non.

De tout cela, nous pouvons déduire deux conclusions :

a) L'autorité de la chose jugée ayant un rôle négatif, paralysant la tentative de toute personne qui prétend poser au juge une question de violation de la règle déjà résolue, *et la réponse du juge apparaissant comme indifférente à la notion de partie, la solution donnée par lui acquiert une valeur en soi*. Cette valeur lui vient d'une nécessité extérieure à elle-même, la nécessité de donner un rôle efficace à la fonction juridictionnelle, fonction que postule l'organisation étatique et sociale. Le raisonnement qui interdit de poser deux fois la même question entre les parties interdit aussi de la poser une première fois *inter partes*, une seconde fois *extra partes*. Si des tiers à un

(24) Nous touchons ici à la question importante de l'autorité des décisions de rejet. Nous y reviendrons plus loin.

*procès peuvent méconnaître la solution donnée, la fonction juridictionnelle a perdu une partie de sa valeur; il n'y a plus qu'une réponse à certains égards platonique, un avis, peut-être compétent, mais non revêtu d'une valeur étatique au regard des personnes étrangères au procès. Ainsi, nous pouvons conclure que la notion de fonction juridictionnelle conduit à donner à l'autorité de la chose jugée une valeur *erga omnes*, une valeur absolue. Toute notre thèse sera maintenant consacrée à démontrer, de plusieurs autres manières, cette vérité fondamentale et méconnue.*

b) Puisque l'autorité de la chose jugée permet de briser toute tentative, même d'une personne non partie au procès, qui ait pour but de faire revenir le juge sur une solution déjà donnée, elle conduit, nous venons de le dire, à permettre d'utiliser la solution de l'acte juridictionnel *erga omnes*. Ceci n'est-il pas un effet positif et non plus négatif ? Venir trouver quelqu'un contre qui l'on n'a pas plaidé, et le contraindre à respecter le jugement dont on est pourvu, c'est délaïsser, semble-t-il, le rôle négatif de la chose jugée, qui interdit de poser à nouveau la même question, et lui faire jouer un rôle positif, au résultat duquel un jugement, une fois obtenu, est utilisé *erga omnes*.

Ce raisonnement est l'expression d'une vérité générale. *Toute valeur négative se solde, à certains égards, par un résultat positif, et inversement.* Empêcher quelqu'un d'agir dans un sens, ce qui est négatif, revient à le contraindre à agir dans un autre sens ou à rester dans l'immobilité, ce qui est positif. Contraindre un tiers à respecter un acte juridictionnel, ce qui est positif, c'est l'empêcher de vous contraindre à reposer au juge la même question de droit, ce qui est négatif. Or nous savons que

l'autorité de la chose jugée réside dans l'interdiction de poser deux fois une question unique. En constatant que celle-ci, par sa valeur absolue, en vient à forcer les tiers au procès à respecter l'acte juridictionnel, *nous découvrons donc un effet positif de la chose jugée.*

Il faut seulement bien saisir que cet effet positif n'est qu'une autre face de l'effet négatif et n'est pas distinct de celui-ci. On peut exprimer toute la vérité en disant que le rôle négatif de la chose jugée, empêchant les tiers au procès de contraindre une partie à reposer la même question principale, a des effets positifs à l'égard de ces tiers. Et c'est pourquoi, malgré cet effet positif dérivé, *l'autorité qui s'attache à la solution de la question principale se révèle avec son rôle négatif.*

§ 5. — La chose jugée et l'ordre public.

Ayant étroitement associé les notions de chose jugée et de fonction juridictionnelle, nous sommes amené à nous demander si l'ordre public peut admettre qu'elle soit méconnue.

La jurisprudence a toujours affirmé que l'autorité de la chose jugée n'a aucun caractère d'ordre public. L'exception de chose jugée lui paraît être un « bénéfice personnel » dont les parties ont liberté de ne pas user. Elle fait, toutefois, une exception pour l'autorité de la chose jugée au criminel, la notion d'ordre public étant plus facile à saisir en cette matière. Mais suffit-il qu'elle soit ici plus facilement saisissable pour avoir des effets plus importants qu'ailleurs?

Un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 19 mars 1894 s'exprime ainsi : « Attendu que si la chose

jugée au criminel est opposable à tous, l'exception qui en résulte n'est pas d'ordre public lorsque les intérêts pécuniaires des parties sont seuls en jeu... »⁽²⁵⁾. Cet arrêt est intéressant à deux points de vue : le principe jurisprudentiel y est énoncé, et il en est fait application dans une hypothèse où la jurisprudence admet l'autorité absolue de la chose jugée. La Cour n'a pas voulu considérer l'exception comme d'ordre public pour la raison que l'intérêt était uniquement pécuniaire.

Nous relevons, dans un arrêt de la Chambre des requêtes du 11 décembre 1895⁽²⁶⁾, que l'exception de chose jugée « constitue un bénéfice personnel auquel l'intéressé peut renoncer formellement ou implicitement. D'autre part, ajoute la Cour suprême, elle ne peut être suppléée d'office par le juge. » Ces extraits nous paraissent suffisants⁽²⁷⁾. Lacoste nous dit que le principe est le même pour la jurisprudence administrative. « Les effets de la chose jugée, en matière administrative, sont, en principe, les mêmes qu'en matière civile. Et, par suite, l'exception de chose jugée ne peut pas être suppléée d'office par le tribunal. Mais il en est autrement quand il s'agit d'une poursuite pour contravention de grande voirie de nature à entraîner une amende; la règle à suivre est alors, croyons-nous, celle du droit criminel : l'exception de chose jugée peut et doit être suppléée d'office. »⁽²⁸⁾.

Sauf de très rares exceptions, la doctrine s'est ralliée au point de vue de la jurisprudence. L'exception de chose jugée

(25) D. P. 1894. 4. 305.

(26) D. P. 1898. 4. 469.

(27) Citons néanmoins quelques décisions très récentes pour bien montrer que le principe n'a point varié. Civ. 29 juillet 1924, D. 1925. 4. 5, note de M. Ripert. Trib. de la Seine, 30 mars 1925, D. H., 28, 342; Trib. du Rhône, 21 oct. 1927, D. H., 28, 62.

(28) Lacoste, nos 1384 et 1385.

ne peut être, à ses yeux, soulevée d'office. Seule la matière criminelle bénéficie d'un régime de faveur.

Comment expliquer une telle attitude? Il semble que l'histoire soit capable d'en donner une raison plausible. Il faut, pour la découvrir, remonter jusqu'à la procédure romaine, aux méthodes utilisées par le préteur pour concilier les rigueurs d'une routine vénérée et les besoins d'un progrès nécessaire. L'autorité de la chose jugée n'apparaît qu'à une période relativement avancée. Et elle naît justement avec la forme négative que nous voulons lui donner. Une action qui a été utilisée une fois est d'abord considérée comme éteinte; puis un procès qui a été jugé une fois doit être considéré comme bien jugé. Vouloir recommencer l'affaire apparaît comme contraire au droit. Pour l'éviter, le préteur donnera une exception. Cette exception, il est nécessaire de la produire, comme toutes les exceptions, *au moment où on va lier l'instance*. La *litis contestatio* survenue, le procès va être considéré comme cristallisé, intangible. Toute modification postérieure à cette phase de la procédure est contraire à l'esprit juridique romain. La *plus petitio* notamment, même inconsciente, n'est pas susceptible d'être réparée; elle entraînera les plus graves conséquences, sans qu'un plaideur de bonne foi ait pu racheter son erreur.

Ce n'est que tard dans l'évolution du droit romain que certaines exceptions pourront être introduites après la *litis contestatio*. Mais il s'agira toujours de mesures isolées, par exemple l'exception du sénatus-consulte velléen, qui peut être utilisée contre l'*actio judicati*. Ou bien, on aura recours à un autre moyen de procédure, l'*in integrum restitutio*, qui a pour résultat d'anéantir la procédure passée. Tout cela ne modifie en rien la conception qu'on doit se faire du procès romain, figé du moment que la *litis contestatio* s'est produite.

Cette cristallisation de la procédure à un instant donné survit encore partiellement de nos jours. Les idées n'ont point changé quant à l'exception de chose jugée : elle reste une exception *qu'il faut soulever*. La jurisprudence en est pourtant arrivée à admettre qu'on la puisse soulever en tout état de cause. Si nous faisons le petit effort de mettre de côté les survivances de conception procédurales, pour lesquelles nous avons grande admiration, mais que nous avons le droit de considérer comme périmées, si nous essayons de saisir ce que demande la fonction juridictionnelle pour ne pas devenir inutile, nous ne pouvons pas ne pas proclamer le caractère d'ordre public de l'exception de chose jugée. Le juge doit avoir, non pas la faculté, mais l'*obligation* de la soulever d'office, quand il sait être en présence d'un cas où elle joue.

Quelques avis puisés dans la doctrine viennent étayer cette thèse. Pour être rares, ils sont de qualité. Esmein, dans une étude intitulée *Chose jugée et ordre public* ⁽²⁹⁾ rapporte en ces termes ce que dit un auteur allemand, M. Bülow, dans un remarquable article intitulé *Force absolue de la chose jugée* ⁽³⁰⁾ : M. Bülow « proclame que le jugement est l'expression de la volonté de l'Etat et le rapproche de la loi ⁽³¹⁾. Mais il en tire simplement la conséquence que *les parties ne doivent pas pouvoir renoncer à l'autorité de chose jugée, et que le juge doit pouvoir l'invoquer d'office* » ⁽³²⁾. Et M. Esmein de se rallier à l'opinion de M. Bülow ⁽³³⁾.

(29) Esmein, *Effet relatif de la chose jugée*; Gérardin, *Mélanges*, p. 229 à 253.

(30) Bülow. *Force absolue de la chose jugée*, *Archiv. für die civilistische Praxis*, 1894, t. XXXIII, I, p. 1 et suiv.

(31) *Op. cit.*, p. 63, 64, 69.

(32) *Loc. cit.*, p. 246.

(33) L'opinion des auteurs allemands ne semble pas, d'ailleurs, avoir

Nous trouvons un nouvel appui chez MM. Colin et Capitant, qui, sans le dire expressément, laissent entendre que l'exception de chose jugée présente à leurs yeux un caractère d'ordre public. Ces auteurs écrivent : « Ces considérations diverses semblent bien imprimer à l'autorité de la chose jugée ... le caractère d'une règle d'ordre public. Et, de fait, la jurisprudence lui reconnaît ce caractère, lorsqu'elle décide que la présomption de vérité attachée aux décisions judiciaires n'est pas infirmée même par l'aveu contraire ou par le serment. Pourtant, illogiques en cela, nos tribunaux, à un autre point de vue, dénie à la règle de l'article 1351 ce caractère d'ordre public. Ils décident, en effet, que l'exception qui en découle... a besoin d'être formellement opposée par la partie intéressée... » (34). Ces lignes montrent nettement quelle est la pensée de MM. Colin et Capitant. La jurisprudence voit bien l'importance de la chose jugée. Elle lui donne toute sa valeur dans beaucoup de cas, par exemple en face de l'aveu et du serment. Mais elle ne parvient pas à se débarrasser de l'emprise d'une habitude : la chose jugée est une exception. Sur ce point, le caractère d'ordre public, que la jurisprudence devine, n'a rien pu. La partie devra soulever elle-même l'exception. Par contre, la jurisprudence lui donne le droit de le faire en tout état de cause, sauf devant la Cour de cassation. Les contradictions sont évidemment nombreuses.

Nous concluons sur ce point en disant qu'un tribunal saisi d'une affaire au mépris de l'autorité de la chose jugée devrait soulever l'exception d'office et déclarer l'action irrecevable.

changé. M. James Go'dschmidt écrit : « Die materielle Rechtskraft ist von Amts wegen zu beachten, aber die interessierte Partei hat sie im Zweifel zu beweisen; auch hindert sie die Parteien nicht, auf die im Urteil festgestellte Rechtsfolge zu verzichten oder sich darüber zu vergleichen. » (*Zivilprozessrecht*, p. 153.)

(34) Colin et Capitant, *Traité élémentaire de droit civil*, 4^e éd., I. I, p. 234.

CHAPITRE II

LA PORTEE DE L'AUTORITE DE LA CHOSE JUGEE

SECTION PREMIERE

LA THÉORIE CLASSIQUE

Il est indispensable de redire d'abord, en quelques mots, ce qu'est la théorie classique de l'autorité de la chose jugée. Ce rappel, déplacé au début de l'étude, est maintenant nécessaire.

Le grand principe affirmé par la jurisprudence et la doctrine est que *l'autorité de la chose jugée est essentiellement relative*. Entendons par là que ce qui fut jugé ne peut être invoqué que par les parties au procès, ou ne peut être opposé qu'à ces mêmes parties. Cette règle trouve sa première expression dans le vieil adage latin : *Res inter alios judicata aliis neque nocet neque prodest*. On enseigne, depuis la rédaction du Code civil, que l'article 1351 n'est que la transcription de cet adage latin.

Quels sont les arguments de la théorie classique? Les indiquant, nous montrerons quelles difficultés insurmontables elle entraîne.

Les auteurs estiment que le principe de l'autorité relative traduit une exigence du bon sens. Il est criant d'injustice, dit-on, de faire supporter à des individus les conséquences d'un procès auquel ils n'étaient ni parties ni

représentés. Des arguments ont pu, pendant les débats, être omis, des faits demeurer ignorés. La défense a pu se montrer maladroite. Bref, il importe qu'une personne, pour se voir opposer les effets d'un jugement, ait pu figurer au litige et s'y défendre. D'où la relativité de la chose jugée.

Selon nous, ce principe n'est qu'une expression du caractère profondément individualiste de l'esprit romain, esprit dont nous sommes encore imprégnés. Nous n'admettons pas qu'en matière juridique on puisse pâtir ou bénéficier des agissements d'autrui. A Rome, la représentation judiciaire n'existe pas sous la procédure des actions de la loi. La responsabilité des fautes d'un membre de la famille est supportée par le père, mais, rapidement, sont inventées les actions noxales qui permettent, par l'abandon, d'éluder cette responsabilité. Les promesses et stipulations pour autrui sont prohibées : il faut, pour les utiliser, de véritables supercheries (l'article 1119 du Code civil sanctionne encore la même prohibition).

Le principe de l'autorité relative est une manifestation du même esprit, et non la moins gênante.

S'il pouvait satisfaire à certaines exigences de l'individualisme, colorées d'une apparence d'équité, le principe de la relativité de la chose jugée se révélait aussi singulièrement encombrant. Des inconvénients fort graves en découlaient, auxquels il fallait porter remède. L'effort des juristes s'appliqua, d'abord, à donner une place toujours plus grande à la représentation. Est-on représenté à un procès donné, sans toutefois être mis en cause, la chose jugée vous devient opposable et vous pouvez l'invoquer. N'est-on pas représenté, la relativité reprend tous ses droits. Nous ne voulons pas donner un résumé de cette théorie. Nous constatons que la jurisprudence, en étendant toujours le

nombre des représentés, palliait, dans une certaine mesure, les inconvénients de la relativité.

Mais la terre d'élection des difficultés provoquées par l'adage : *Res inter alios judicata...* a toujours été et reste encore l'état des personnes. Nous en avons parlé dans notre introduction. Dans ce domaine, l'illogisme de la théorie éclatait. Comment le même individu pouvait-il posséder deux états différents, ce qui revient à dire contradictoires? La jurisprudence, et la doctrine à sa suite, ayant une obscure prescience de ce qu'on devait appeler plus tard les situations juridiques objectives et réglementaires, comprirent qu'une solution tranchée, qui fixât à l'égard de tous la situation de fils légitime ou de fils naturel, s'imposait. Successivement, on fit appel à la théorie de l'indivisibilité de l'état, du contradicteur légitime, de la distinction des jugements déclaratifs et constitutifs⁽¹⁾. Ce dernier système est encore appliqué par la jurisprudence.

Ces systèmes, nous ne voulons ni les exposer à nouveau, car ils sont trop connus, ni les critiquer, car cela est fait. Retenons qu'ils tendaient à créer une autorité absolue de la chose jugée⁽²⁾. La procédé, pour ce faire, est toujours le

(1) La jurisprudence a utilisé également la théorie de l'indivisibilité du nom; celle-ci est tellement proche de la théorie de l'indivisibilité de l'état qu'il est inutile d'insister.

La jurisprudence a eu recours aussi à la théorie de l'action réservée à une seule personne (pour le cas de désaveu notamment).

(2) Le droit allemand qui, héritier du droit romain comme le droit français, accepte l'autorité relative de la chose jugée, se voit contraint d'introduire la même exception au bénéfice des jugements d'état :

« In gewissen Fällen erstreckt sich die materielle Rechtskraft auch auf solche Dritte, die nicht nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit Rechts- oder Besitznachfolger einer der Parteien geworden sind. Hierher gehören :

» a)

» b) Die Fälle, in denen das Urteil für und gegen alle (inter omnes) wirkt, das sind die Urteile, die im Ehe- und Familienstandsprozess auf eine Feststellungs-, Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage ergehen, sowie die

même. Ecarter l'adage : *Res inter alios...*, soit à raison de l'objet (indivisibilité de l'état), soit à raison de la personne (contradicteur légitime), soit à raison de la nature du jugement (jugements constitutifs et déclaratifs). La seule de ces théories qui contienne une part de vérité est la théorie de l'indivisibilité de l'état. Elle formule presque intégralement la notion de situation juridique objective. La seconde théorie s'écroule parce qu'il est impossible de donner un critère du contradicteur légitime. La troisième repose sur la distinction discutable des jugements constitutifs et déclaratifs.

Nous saisissons l'occasion d'insister un peu sur cette distinction classique. Elle n'est pas aussi fondée qu'on le croit d'ordinaire. Duguit l'a déjà montré. Nous arrivons à une conclusion tout à fait analogue, bien que notre analyse de l'acte juridictionnel soit différente.

L'acte juridictionnel s'analyse toujours en une constatation de violation de la règle. *Il est donc toujours et exclusivement déclaratif.*

Puis vient une décision consécutive qui, elle, est constitutive, mais ne fait plus partie de l'acte juridictionnel. Que cette décision ait pour effet d'ordonner un divorce, une séparation de corps, une inscription sur le registre de l'état civil, la participation d'un individu à la succession d'un défunt, elle restera un acte de la fonction d'exécution, créateur d'une situation juridique nouvelle.

L'activité du juge en matière contentieuse apparaît donc comme déclarative et constitutive. Si l'on veut entendre par « jugement » l'ensemble de la décision consécutive et de l'acte juridictionnel, tout jugement est à la fois constitutif et déclaratif. Dans les très rares hypothèses où il n'y

Urteile, die im Entmündigungs- und Todeserklärungsverfahren auf eine Anfechtungs- oder Anhebungsklage ergehen. » (Goldschmidt, *Zivilprozessrecht*, p. 136-137.)

a pas de décision consécutive, le jugement est exclusivement déclaratif.

Essayons de vérifier, au moyen de l'état des personnes, la conclusion que nous venons d'obtenir. Prenons l'exemple du jugement qui met fin à une action en recherche de paternité : il est classé parmi les déclaratifs. La raison en est qu'on prend la question de paternité, objet d'une question concrète, pour l'objet de l'acte juridictionnel. Celui-ci, en réalité, a pour objet de constater qu'une situation objective d'enfant naturel a été méconnue, c'est-à-dire violée. Ceci est purement déclaratif. Quant à la décision qui fait suite, elle condamnera les héritiers du père à certaines prestations, ou bien ordonnera des insertions au registre de l'état civil. Cette décision crée des situations nouvelles, situations de débiteurs, situations de fonctionnaires tenus de faire certains actes. Ceci est constitutif. Prenons maintenant le cas d'un divorce, jugement classé parmi les constitutifs. L'objet de l'acte juridictionnel est de constater que la règle du mariage a été violée par l'un des époux ou les deux époux. Cela est purement déclaratif. Et la décision qui suit créera les situations nouvelles d'époux divorcés, ce qui est constitutif.

Voilà donc démontré que la distinction des jugements déclaratifs et constitutifs ne repose sur aucun fondement. Elle tient à la confusion entre l'objet de l'acte juridictionnel et l'objet d'une question concrète d'une part, et, d'autre part, au fait qu'on n'a pas vu quelle séparation absolue il faut établir entre ces deux éléments du jugement, l'acte juridictionnel et la décision consécutive.

Cette distinction des jugements déclaratifs et constitutifs ne peut donc servir de base à une tentative de théorie de l'autorité absolue. Mais il faut retenir l'effort que, par elle, la jurisprudence et la doctrine ont tenté en faveur de cette autorité.

SECTION II

L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE EST TOUJOURS ABSOLUE

Précisons, pour éviter toute équivoque, que nous ne voulons, dans les pages suivantes, nous occuper que de l'acte juridictionnel lui-même et nullement de la décision consécutive.

a) L'étude à laquelle nous nous sommes livré permet d'affirmer que, l'acte juridictionnel s'analysant toujours en une constatation de la violation de la loi, *la portée de la chose jugée ne peut qu'être la même dans tous les cas. L'acte juridictionnel étant toujours identique à lui-même dans sa nature sera identique à lui-même dans sa portée.* On ne peut concevoir, en effet, que la constatation de la violation de la règle ait une portée définie dans un certain cas et une portée différente dans d'autres cas.

La distinction entre l'autorité absolue et l'autorité relative est introduite dans un domaine où nous n'avons pu déceler aucune raison d'en établir. Elle est donc arbitraire.

b) L'acte juridictionnel est toujours une constatation de violation de la loi, une réponse donnée à une question posée sur la violation d'un élément juridique *de nature objective. La violation de la règle ne peut apparaître qu'avec un caractère également objectif. Et la constatation de cette violation ne peut que participer du même caractère objectif.*

L'autorité de la chose jugée est la même dans tous les cas, et elle vaut « erga omnes ».

Ainsi, entre le principe traditionnel, la jurisprudence, la doctrine quasi unanime d'une part, et notre thèse d'autre part, il y a une antinomie absolue. Nous pensons que la règle est l'autorité absolue, et nous croyons qu'elle ne peut

pas avoir d'exception. Si nous étions contraint d'en concéder quelques-unes, ce serait pour des raisons pratiques et non logiques.

On ne manquera pas de nous dire que nos conclusions sur l'autorité absolue prouvent seulement combien la logique pure est dangereuse, que tout, les textes, l'expérience, le bon sens, l'équité, plaide en faveur de la théorie par nous combattue.

L'expérience nous montre que la règle de la relativité, imposée comme un dogme, a produit bien des méfaits. Elle provoque la multiplicité des procès. Elle permet de véritables scandales par le cumul de décisions judiciaires contradictoires. Elle est une arme redoutable entre les mains de gens habiles qui peuvent, avec le même succès, plaider successivement blanc et noir. Elle est, en un mot, une cause d'instabilité tellement grave que la pratique l'a tournée. Sans revenir sur les questions d'état, nous rappelons les efforts de la doctrine et de la jurisprudence prises dans les filets d'une fausse logique. Rappelons aussi, chose dont nous n'avons encore rien dit, l'autorité absolue dont jouissent, d'un accord unanime, les jugements criminels. Il faut mentionner ici cette exception capitale et *inexpliquée* (3). On a parlé de jugements d'une nature spéciale; on a mis en vedette l'intérêt public, l'autorité de la répression à qui l'on ne doit pas toucher. On a soutenu que cette autorité absolue n'était qu'une face de la situation privilégiée accordée aux tribunaux répressifs. Cette situation privilégiée se traduirait par la grande règle : « Le criminel tient le civil en état. » Puis elle s'affirmerait par l'autre grande règle : « Les jugements rendus au pénal ont une autorité

(3) Voir Hébraud, *Autorité de la chose jugée au criminel sur le civil*.

absolue. » Nous ne voyons dans cette prétendue exception qu'un cas particulier où les besoins de la pratique et l'intérêt social forçaient les habitudes et les subtilités juridiques. Car la question pénale frappe l'imagination. Les hésitations de la fonction juridictionnelle y paraissent scandaleuses, les contradictions inconciliables avec la sérénité de la justice. Les réticences et les reniements s'y avèrent générateurs d'anarchie.

Si certaines nécessités s'imposent avec une particulière évidence dans le contentieux de la répression, elles ne varient pas selon les branches de l'activité juridictionnelle. Les inconvénients de l'autorité relative, évités en matière pénale, se retrouvent partout. L'expérience donc, loin de nous condamner, nous soutient. Le bon sens agit de même.

Nul mieux que M. Jèze n'a indiqué en formules bien frappées les conclusions immédiates auxquelles le bon sens conduit. Traitant la question du contentieux, l'auteur exprime un certain nombre d'« idées générales » (4). Les deux premières sont relatives à la nécessité de l'autorité absolue. « Les procès doivent avoir une fin. » Etant donnée la multiplicité des conflits provoqués par la vie en société, les contestations de toute nature, les difficultés de tous ordres, les drames variés qui constituent la sécrétion des vices et des imperfections humaines, il faut qu'une autorité intervienne pour prononcer le *quos ego* régulateur, *et que nul n'ait le droit d'ignorer cette autorité*. Sans quoi il n'est plus de stabilité sociale. Mais l'Etat n'est pas une organisation bipartite, divisée en deux classes dont l'une, les administrés, se soumet aux actes de l'autre, les agents, ces agents étant libres d'ignorer ou de mépriser les actes

(4) Voir *Principes*, 3^e éd., I, p. 257 et suiv.

que la fonction de l'un d'eux entraîna. *Ce qui s'impose aux administrés s'impose aux agents*, et tous les agents doivent concourir à bien assurer l'exécution des actes accomplis par l'un d'eux. « Il faut bien mettre en relief cette idée fondamentale que *tous* les agents publics d'un même pays sont les collaborateurs, et non pas des autorités rivales, jalouses les unes des autres. » ⁽⁵⁾. Rien n'est plus dangereux que la lutte des différents pouvoirs. La lutte des rois et des Parlements a fait quelques-unes des pires difficultés de l'ancien régime. La lutte du législatif et de l'exécutif a fait la plupart des révolutions et des coups d'Etat. La lutte au sein d'un même pouvoir est, à un degré moindre, source de désordres de même nature. Accepter que des juridictions diverses puissent se contredire revient à introduire, aux échelons inférieurs, l'anarchie que la lutte des pouvoirs introduit à l'échelon Etat.

Or, pour supprimer tout conflit au sein du pouvoir juridictionnel, il suffit d'avoir recours à l'autorité absolue de la chose jugée. « Ces deux premières idées générales... conduisent à poser comme *principe fondamental* la règle de l'autorité *absolue* de la chose jugée. L'acte juridictionnel régulier a force de vérité légale *erga omnes*, pour tous les particuliers, comme pour tous les agents publics de tout ordre, pour les tribunaux de tout ordre. » ⁽⁶⁾.

Auprès de cette conclusion d'un théoricien du droit public, nous plaçons la conclusion d'un historien. Esmein a écrit : « Si..., quittant pour un instant le droit romain, on se reporte aux principes généraux du droit public, l'autorité absolue de la chose jugée paraît seule naturelle et *raisonnable* dans tout milieu où existe une véritable organisa-

(5) Jèze, *op cit.*, p. 288.

(6) Jèze, *op. cit.*, p. 289.

tion judiciaire, où l'administration de la justice est une attribution de l'Etat, de l'autorité publique. De sa nature, l'ordre de l'autorité publique s'impose au respect de tous. La règle qu'elle proclame doit être suivie par tous et peut être invoquée par tous. Il n'y a pas de bonne raison pour que les décisions du pouvoir judiciaire, dans la mesure au moins où elles supposent l'application d'un principe, ne s'imposent pas à tous les citoyens, comme celles du pouvoir législatif. Ce sont là des idées qu'a développées, au point de vue du droit moderne, M. Bülow dans un remarquable article intitulé : « Force absolue de la chose jugée ». Il proclame que le jugement est l'expression de la volonté de l'Etat et le rapproche de la loi. » (7).

Nous voyons donc que, après l'expérience, le bon sens nous oriente vers l'autorité absolue de la chose jugée.

Il reste une hésitation, non plus de la raison, mais du cœur. L'équité ne demande-t-elle pas qu'un individu, avant de subir les conséquences d'un procès, ait eu connaissance de ce procès? N'exige-t-elle pas aussi que liberté lui ait été donnée d'organiser une défense selon son goût? Sa présence pouvait entraîner l'apparition d'arguments nouveaux, le choix d'un autre avoué et d'un autre avocat. Si les bonnes volontés sont égales, les talents peuvent varier. Ne faut-il pas donner à l'individu la possibilité de jouer « sa chance judiciaire » au grand jour, et ne doit-on pas mépriser les procédures qui étouffent sans même prévenir?

Nous ne voulons pas apparaître comme un de ces logiciens arides chez qui les besoins de la raison ont desséché la faculté de sentir. Nous sommes convaincu que la procédure peut avoir, elle aussi, ses raffinements esthétiques et

(7) Esmein, *Effet relatif de la chose jugée* (*Mélanges de Gérardin*, p. 246).

ses soucis moraux. Mais nous avouons franchement ne pouvoir pas admettre l'argument précédent. Pour en donner les raisons, il faut faire une distinction.

Nous mettons à part l'hypothèse où le tiers peut exciper d'un « fait » que le juge n'a pas connu. Par fait, nous entendons tout moyen, tout élément de preuve, qui soit de nature à modifier la question de droit principale par la modification de ce que nous avons appelé le concept procès. De cette notion du fait nouveau, nous écartons toute interprétation nouvelle de la loi, tout argument d'ordre purement juridique qui se contenterait d'utiliser mieux les faits déjà connus. Car le juge *doit* connaître la loi. Seule l'apparition d'une circonstance de la cause restée inconnue peut faire figure de fait nouveau.

Cette hypothèse du fait nouveau, que nous étudierons très longuement au chapitre des voies de recours, étant mise à part, il ne reste, pour prétendre attaquer un jugement qui vous porte tort sans qu'on ait figuré au procès, qu'à accuser les avocats et les avoués de maladresse et d'ignorance. En effet, ou la solution donnée par le juge à la question de violation de la loi est juste, ou bien elle est fausse. Si elle est juste il ne sert de rien de tenter un nouveau procès, et la chose jugée doit s'opposer à tous. Si elle est fausse, le juge étant par définition mis hors de cause, l'erreur ne peut provenir que de l'impéritie des personnes à qui la direction du procès est confiée. Nous n'hésitons pas à dire que c'est là un argument que le droit ne peut pas connaître, et, par conséquent, pas respecter. Il est impossible, en jurisprudence et en législation, de spéculer sur l'habileté variable des gens de robe. Il est absolument nécessaire d'admettre que, dans un procès donné, la procédure a été conduite de façon impeccable, et la défense présentée avec

une parfaite dextérité. C'est pourquoi on n'a jamais cru devoir autoriser un plaideur à venir, devant le même tribunal, essayer d'arracher, grâce à de nouveaux conseils, un nouveau verdict. *Il ne peut pas en être autrement pour un tiers au procès.* Ou ce tiers arrivera muni de faits nouveaux, et il aura alors une action spéciale, la tierce opposition, dont l'étude viendra plus tard, ou bien il ne veut que provoquer un second débat, comptant sur la seule habileté de ses représentants pour entraîner une modification dans la réponse du juge. En lui donnant le droit de provoquer ce second débat, la doctrine classique lui accorde une faveur dont les parties elles-mêmes ne jouissent pas.

Les prétendues raisons d'équité qui militent en faveur des tiers, c'est-à-dire en faveur de l'autorité relative de la chose jugée, s'évanouissent à la lumière d'un examen sérieux. Rien ne vient encore démontrer la nécessité de s'écarter du raisonnement logique déjà formulé : la violation de la règle étant de nature objective comme la règle elle-même, ayant une valeur *erga omnes*, on ne peut concevoir que la constatation de cette violation n'ait pas, elle aussi, une valeur identique à l'égard de tous. En matière juridictionnelle, les absents n'ont pas droit à une place privilégiée. La seule exception que ce principe subisse est celle de l'opposition. Dans ce cas, la partie absente est admise à toute remettre en cause sans faire la preuve de faits nouveaux. Il y a là une atteinte à l'autorité négative de la chose jugée. La raison en est simple : dans le jugement par défaut, le magistrat s'est prononcé sur des arguments unilatéraux et non sur des éléments discutés. Il est donc tout naturel de donner à l'absent le droit à la revanche que lui réservent peut-être les faits de la cause. Si une exception doit être faite aux principes, c'est bien celle-là. Les chances de mauvais jugement sont telles qu'il eût été

déraisonnable de n'en pas tenir compte. Mais à l'égard des tiers rien de semblable. Le juge a eu, pour s'éclairer, un débat complet, préparé. Les arguments pour et contre ont été produits; puis le juge a donné une solution. Cette solution objective est la même pour tous. Si les absents peuvent exhiber un nouvel élément, tout s'écroulera. Mais si cet élément nouveau ne peut apparaître, le besoin de stabilité, d'unité, reprend toute sa valeur, et la solution donnée par le juge une première fois n'admet aucune discussion. Le tiers au procès ne peut être traité sur le même pied que la partie absente. La preuve en est qu'une tierce opposition, procédure par laquelle, nous le verrons, un tiers veut apporter la preuve d'un élément nouveau, se conçoit aussi bien dans une procédure contradictoire que dans une procédure par défaut. Dans les deux cas elle exige l'élément nouveau.

SECTION III

LA THÉORIE DU DOYEN DUGUIT

Nous considérerions comme gagnée la cause de l'autorité absolue si nous ne devions indiquer que, tout en reconnaissant la valeur des arguments qui militent en sa faveur, des auteurs considérables font une large place à l'autorité relative.

M. Jèze, dont l'inclination pour l'autorité absolue est manifeste, complète sa thèse par une théorie sur les « chances d'erreurs » en matière juridictionnelle. A mesure que ces chances s'accroissent, suivant la nature du procès, l'autorité de la chose jugée doit se restreindre pour en arriver à n'exister qu'*inter partes*, lorsque les chances d'erreur sont

nombreuses. Nous critiquerons et écarterons cette théorie lorsque nous étudierons les voies de recours, révision et tierce opposition.

Quant à Duguit, il présente une thèse infiniment séduisante au premier abord. Après avoir fait la distinction célèbre des deux contentieux, contentieux objectif et contentieux subjectif, il établit un parallélisme d'une parfaite simplicité. *Au contentieux objectif correspond l'autorité absolue, au contentieux subjectif correspond l'autorité relative.*

Duguit n'a pas étudié l'autorité de la chose jugée en soi. Il en parle, d'une façon un peu accessoire, lorsqu'il traite de la juridiction subjective au paragraphe 30 du tome II. Le premier cas envisagé par lui est celui d'une question posée sur l'existence d'une situation juridique subjective (nous savons que cette question n'est point de nature juridictionnelle, qu'elle est seulement une question concrète préalable; mais cela n'a pas d'importance ici). Duguit écrit alors : « La décision prise par le juge dans ce premier cas de juridiction subjective est incontestablement elle-même un acte subjectif; elle ne peut être qu'un acte subjectif. Le caractère et la portée de la décision juridictionnelle sont naturellement déterminés par le caractère et la portée de la question de droit que le juge est appelé à résoudre ⁽⁸⁾. Ce qui fait l'acte juridictionnel, ce qui lui donne son caractère spécifique, c'est le lien logique indissoluble entre la décision prise et la solution donnée à la question de droit. S'il s'agit d'une pure question de droit subjectif, il est évident

(8) Nous verrons en étudiant la distinction des contentieux que ceci est faux. Sur ce point, des exemples choisis dans Duguit nous permettront de le mettre en contradiction avec lui-même. Voir notamment le contentieux de la réparation.

et logique que la décision prise est elle-même un acte subjectif. C'est un acte qui n'a d'effet qu'à l'égard d'un certain nombre de personnes individuellement déterminées et seulement en ce qui concerne la question posée au juge et résolue par lui. Les personnes qui sont touchées par la décision du juge sont seulement celles qui étaient parties à l'instance. Le jugement ne peut atteindre d'autres personnes que celles-là et il ne peut avoir d'effet que pour le point qui était en question et qui a été l'objet de la solution.

Telle est l'idée consacrée très justement par l'article 1354 du Code civil. » (9).

Il est aisé de signaler l'erreur que contiennent ces lignes. Duguit a été entraîné par son idée du lien indissoluble qui unit la réponse à la question de droit et la décision consécutive. Ce lien constitue pour lui l'un des caractères propres de l'acte juridictionnel. Nous savons qu'il n'existe pas en réalité. Mais en admettant qu'il existe, Duguit aurait dû ne pas prendre la partie pour le tout. Il est évident, en effet, que, lorsqu'il écrit ces lignes, *la décision consécutive est seule présente à son esprit*. Celle-ci, dans le cas de contentieux subjectif, est une décision créatrice de situation subjective : il apparaît donc tout naturel de dire qu'elle n'aura d'effet que pour les personnes présentes au procès et parties à cette situation subjective nouvellement créée. Tel est le raisonnement de Duguit. Nous verrons que, sur ce dernier point encore, il est difficile de l'accepter. En tout état de cause, on peut déjà dire que Duguit a négligé, bien à tort, ce qui constitue, *même pour lui*, l'essentiel de l'acte juridictionnel, c'est-à-dire la réponse à la question de droit. « Pour qu'il y ait juridiction, il faut qu'il y ait une question de droit à résoudre; il faut qu'on ait soulevé cette

(9) Duguit, *Traité*, 3^e éd., II, p. 462.

question de droit, et il faut que l'agent public intervienne avant tout pour résoudre cette question de droit. *C'est ce sur quoi il faut insister tout particulièrement parce que c'est ce qui fait le caractère propre de l'acte juridictionnel.* »⁽¹⁰⁾. Toute la conception que Duguit s'est faite de l'autorité de la chose jugée repose, en réalité, sur un élément accessoire de l'acte juridictionnel. On ne peut s'empêcher de constater que ce qui constitue le caractère propre ou spécifique de l'acte juridictionnel varie, dans les théories de Duguit, selon le lieu.

Il y a plus. Duguit fonde sa conception de l'autorité relative sur le fait qu'une situation subjective apparaît. Que cette situation subjective ne crée d'obligations qu'au profit de certaines personnes nommément désignées et aux dépens de certaines personnes nommément désignées aussi, nous le reconnaissons bien volontiers. Que la décision consécutive n'ait, dans le cas où elle est subjective, qu'un effet relatif quant aux obligations, nous sommes les premiers à le proclamer. Mais cela veut-il dire qu'une tierce personne ait le droit *d'ignorer* cette décision? Le fait que le lien de droit nouvellement créé ne relie que Pierre et Paul signifie-t-il que Jacques ne pourra ni se le voir opposer un jour, ni en bénéficier jamais? Evidemment non. Or ce serait à ce prix que Duguit pourrait parler d'autorité relative. Et nous savons par ailleurs que l'action paulienne, la saisie-arrêt, sont là pour montrer que les situations juridiques subjectives peuvent intéresser tout le monde. Invoquer un intérêt suffit pour qu'un tiers puisse s'introduire dans un lien de droit subjectif.

Il faut donc renoncer à trouver dans les situations juri-

(10) Duguit, *Traité*, 3^e éd., II, p. 424.

diques subjectives le fondement de l'autorité relative de la chose jugée (11).

Mais il ne suffit pas de montrer que la théorie de la chose jugée présentée par Duguit n'est pas en harmonie avec sa conception de l'acte juridictionnel. Cette théorie repose tout entière sur la distinction des deux contentieux objectif et subjectif. Or nous croyons que la distinction des contentieux, telle que l'a exposée Duguit, manque de base, se révèle partiellement arbitraire, et que le critère donné par lui doit être écarté. Nous allons essayer d'en rapporter la preuve. Et comme la distinction des contentieux est destinée à prendre dans notre travail une place de premier plan, nous allons consacrer à son étude un chapitre spécial.

(11) M. Jèze a fort bien exprimé cette idée, *Principes*, 1, p. 263, 3^e éd.

CHAPITRE III

LA DISTINCTION DES CONTENTIEUX

SECTION PREMIERE

ÉTUDE DE LA DISTINCTION DES CONTENTIEUX

§ 1. — Critique de la distinction du doyen Duguit.

Si connue que soit la distinction des deux contentieux, nous croyons devoir la rappeler en quelques mots. Duguit s'appuie, pour l'établir, sur la notion d'ordonnancement juridique. Celui-ci est composé, comme l'on sait, de trois éléments : 1° l'ensemble du droit objectif en vigueur dans un pays donné; 2° l'ensemble des situations objectives; 3° l'ensemble des situations subjectives existantes dans ce même pays. Duguit en déduit la conclusion suivante : « Etant donnés les éléments qui constituent l'ordonnancement juridique d'une société, je n'aperçois que trois catégories de questions qui puissent être posées au juge et que voici : 1° on peut demander au juge s'il y a une attitude, action ou abstention contraire à la règle de droit, à la loi; 2° s'il y a eu une action ou une abstention qui constitue une atteinte à une situation de droit objectif; 3° s'il y a eu une action ou abstention qui soit une atteinte à une situation juridique subjective. J'ai beau chercher, je ne puis concevoir qu'on puisse être amené à poser au juge une ques-

tion qui ne rentre pas dans l'une de ces trois formules. » (1).

C'est en nous appuyant sur ce texte que, déjà, nous avons pu dire : Duguit a entrevu que l'acte juridictionnel ne peut être qu'une réponse à une question posée sur la violation de la loi. Mais nous avons ajouté : la classification qu'il fait par la suite à propos des contentieux atténue cette impression première.

Ce texte est le fondement du rapide exposé que nous voulons faire de la distinction des contentieux selon Duguit. De ce qui précède, l'auteur déduit immédiatement que deux espèces de contentieux, *nous disons bien deux et non pas trois*, peuvent se présenter. « On pose nécessairement au juge une question de droit objectif quand on lui demande s'il y a eu violation de la loi ou atteinte à une situation de droit objectif, et une question de droit subjectif, quand on lui demande s'il y a eu une atteinte à une situation de droit subjectif. » (2). D'où les deux contentieux, objectif et subjectif.

Duguit poursuit l'exposé de sa théorie en proposant un critère qui sépare les deux contentieux. Il croit le trouver dans ce qu'il appelle la « question principale ». Nous mettons en garde contre une confusion que l'on pourrait commettre entre cette question principale et ce que nous avons appelé nous-même « la question de droit principale ». Le vocabulaire restreint est gênant.

Duguit est amené à parler d'une question principale parce qu'il se rend compte, en étudiant les différents contentieux, que le juge peut avoir à résoudre, dans une seule affaire, plusieurs questions de droit. Il ne l'avait pas dit alors qu'il traitait de l'acte juridictionnel. Nous avons, personnelle-

(1) Duguit, *Traité*, 3^e éd., t. II, p. 435.

(2) Id., *Ibid.*, p. 436.

ment, insisté sur ce point autant qu'il nous était possible. Mais Duguit croit trouver, entre toutes ces questions de droit, une question qui, par l'importance, l'emporte sur les autres. Il la baptise principale. « D'une manière générale, il y a juridiction subjective toutes les fois que le juge est appelé à résoudre *avant tout et principalement* une question de droit subjectif. » (3). Et plus loin : « De même que pour déterminer le domaine du contentieux subjectif il faut considérer *la question principale* pour la solution de laquelle le juge intervient, de même pour déterminer le domaine du contentieux objectif, il faut envisager la nature de la question principale dont la solution appelle l'intervention du juge » (4).

Nous voilà donc convaincu du rôle prééminent de cette question principale. La difficulté est-elle résolue? Point du tout. Car il nous faudrait un critère qui nous permette de déterminer à coup sûr la question principale. Ce critère, Duguit ne l'a pas donné. Il devait en résulter que telle question, principale en apparence, secondaire en réalité, provoquerait une erreur de classement. Nous verrons que, effectivement, Duguit s'y est, au moins une fois, trompé (5).

Si brève que soit cette analyse, elle est suffisante. Nous la compléterons chemin faisant. Mais nous sommes con-

(3) Duguit, *Traité*, 3^e éd., II, p. 439.

(4) Duguit, *Traité*, 3^e éd., II, p. 473.

(5) Insistons sur le fait que la question de droit principale, telle que nous l'avons définie, ne peut pas provoquer de pareilles erreurs. Cette question n'est pas, selon nous, celle qui paraît surtout intéresser le juge, celle qui paraît jouer le premier rôle, mais bien la question finale, résumé de toutes les questions abstraites et concrètes, en même temps que confrontation avec la règle de droit, en un mot, la question qui pose le problème de la violation de la règle. Dans un problème juridictionnel, aucune confusion n'est possible; dans un acte juridictionnel il n'y a qu'une question de cette sorte, et s'il y en a plusieurs, c'est que l'acte principal suppose des actes juridictionnels préalables.

traint, dès maintenant, de rejeter la distinction proposée par Duguit. On en trouve la raison dans la conclusion de notre étude de l'acte juridictionnel. Nous savons que celui-ci ne peut avoir d'autre rôle que de résoudre une question de droit posée sur la violation de la règle. *A priori*, nous ne pouvons donc affirmer qu'il y aura lieu de classer les cas de contentieux en deux catégories. *Toutes les questions de droit principales (telles que nous les avons définies) étant, en matière contentieuse, de même nature, nous voyons mal comment on pourra distinguer plusieurs catégories de contentieux.*

Mais notre désir est de puiser dans les textes de Duguit nos propres arguments. De lui-même, il a confondu dans une seule catégorie les procès soulevés à propos d'une violation du droit objectif et ceux soulevés à propos d'une violation d'une situation juridique objective. Cette fusion demande une explication, que Duguit n'a pas cru devoir donner. S'il a dit, au début du paragraphe 34 consacré à la juridiction objective, que le problème de ces deux violations se ramenait à un seul, il n'en fournit pas une raison explicite. Pourtant cette fusion est logique; les motifs en sont simples, et comme ils nous serviront plus tard, nous leur accorderons quelque attention.

Les deux notions de règle de droit et de situation objective sont absolument inséparables l'une de l'autre. La règle ne peut créer que des situations objectives; si la règle pouvait être la source d'une situation subjective, individuelle, d'une situation liée à un certain individu et dépourvue de sens pour tout autre individu, elle cesserait d'être règle. Réciproquement, une situation objective ne peut provenir que d'une règle. Elle ne peut provenir que d'un acte juridique, et comme elle peut s'appliquer à

n'importe quel individu, satisfaisant tout au moins à des exigences prévues et précises, elle trouve forcément sa source dans un acte règle. Nous savons qu'elle peut, pour s'appliquer à tel individu, être parfois soumise à la réalisation d'un acte-condition. Mais cet acte ne fait que « conditionner », et la règle garde tout le mérite de la création. Chaque fois qu'il est une règle, il est une situation objective et inversement. Violier l'une, c'est violer l'autre.

On ne peut donc critiquer la fusion opérée par Duguit. Mais pourquoi a-t-il cru ne devoir pas l'étendre au troisième élément de l'ordonnancement juridique? Parce qu'il s'agissait de situations subjectives, individuelles. Le raisonnement précédent devenait, semble-t-il, impossible. En effet, la situation subjective demande, pour naître, l'intervention d'un individu, et, une fois née, elle ne créera d'obligations qu'au profit ou aux dépens d'individus nommément désignés. Les données du problème ne sont donc plus celles du problème précédent : la création de la règle entraînait la naissance immédiate d'une situation objective, abstraite, et l'individu n'avait point à intervenir. D'où la nécessité de classer à part, dans le contentieux subjectif, les procès soulevés par les violations de situations subjectives.

En réalité il n'y a là qu'une apparence.

Une situation subjective n'est rien en soi. Juridiquement parlant, la phrase suivante : Paul est créancier de mille francs vis-à-vis de Pierre, ne signifie rien par elle-même. *Elle ne signifie quelque chose que parce qu'elle est revêtue de la sanction que lui donne la loi.* Nous répétons qu'il n'est pas nécessaire, à ce sujet, de prendre parti sur la source des droits et des obligations. En parlant de sanction, nous restons dans le domaine de la théorie clas-

sique, où la volonté est créatrice des droits. Cette théorie nous permet de constater que la loi proclame un principe capital : *les situations subjectives seront respectées*. Ce principe est seul capable de donner une valeur juridique à la proposition : Paul est créancier de Pierre. Nier cette créance, vouloir s'y soustraire, partiellement ou en totalité, c'est violer *la règle* qui proclame le respect des situations subjectives. Nous pouvons formuler la même idée d'une autre manière en disant : violer une situation subjective, c'est violer aussi la situation *objective* d'individu protégé quant aux situations subjectives.

Alors nous demandons : des deux, quelle est la question principale (au sens que lui donne Duguit)? Est-ce la question de violation de la situation subjective de créancier, ou la question de violation de la situation objective d'individu protégé quant aux situations subjectives? Ce qui revient à se demander, à propos du conflit Pierre contre Paul : dans quelle catégorie, contentieux objectif, contentieux subjectif, faudra-t-il classer un pareil procès?

Nous venons de montrer ainsi que, sous son apparence de solidité, la classification de Duguit est peut-être assez fragile. Nous le découvrons grâce à cette conclusion de principe, à laquelle on ne saurait échapper : l'acte juridictionnel n'est jamais qu'une réponse donnée à une *question objective*, à la question de violation de la règle. Nous allons tâcher de montrer mieux encore les raisons qui nous obligent à n'accepter qu'avec réserve la distinction présentée par Duguit.

L'analyse faite par Duguit de l'acte juridique (et non plus juridictionnel) est une des parties les plus célèbres de son œuvre. L'acuité de son analyse et la vigueur de sa

dialectique s'y sont révélées avec toute leur splendeur. Est-il besoin d'ajouter que l'analyse de l'acte juridique est le point central de cette démonstration « anarchiste », à la conclusion de laquelle la notion de droit subjectif, au sens classique du terme, se révèle comme vide de sens ?

Nous n'avons pas l'intention de reproduire cette analyse ⁽⁶⁾. Indiquons simplement l'idée fondamentale. *Duguît prétend montrer que la volonté de l'individu ne peut jamais être considérée comme une cause des situations juridiques*. Pour arriver à un tel résultat, il fait la distinction, aujourd'hui célèbre, de l'objet immédiat, de l'objet médiat, et du but ou motif déterminant. La volonté provoque la réalisation de l'objet immédiat, qui est toujours un mouvement corporel : « Le vouloir humain, pas plus en matière juridique que dans les autres domaines, ne peut avoir d'autre objet direct immédiat qu'un mouvement corporel du sujet. » ⁽⁷⁾. Au contraire l'objet médiat n'est jamais réalisé que par la loi elle-même : « A la manifestation extérieure de cette énergie, le droit objectif peut rattacher certains effets de droit, c'est-à-dire l'ouverture de certaines voies de droit, tout effet juridique, on l'a vu, se ramenant à cela. Cet effet de droit n'est point produit par la volonté du sujet qui ne peut produire qu'un mouvement de son être propre... Pour parler exactement il ne faut pas dire que le sujet veut cet effet de droit, pas plus qu'il ne faut dire qu'il veut les conséquences matérielles de son acte corporel » ⁽⁸⁾. « La volonté interne n'est pas un acte social; elle ne peut donc avoir aucune répercussion dans le monde du droit. Une volition qui ne se traduit

(6) Nous renvoyons au tome I, p. 316 et suivantes du *Traité* (3^e éd.).

(7) *Ibid.*, p. 337.

(8) *Ibid.*, p. 338.

pas à l'extérieur est le néant au point de vue juridique. Mais, d'un autre côté, il n'est pas moins erroné de dire que c'est la déclaration de volonté, solennelle ou non, qui produit l'effet de droit. Elle n'est jamais qu'un fait matériel, un déplacement de matière, un mouvement corporel; elle est donc impuissante à créer par elle-même une modification dans l'ordre juridique. Mais elle peut être et elle est une condition pour que l'effet de droit se produise d'après le droit objectif. Finalement, le sujet veut une déclaration de volonté qui est la condition de la naissance de l'effet de droit conformément au droit objectif, mais qui n'en est pas la cause efficiente. » (9).

De pareilles citations suffisent à bien montrer quelle est la pensée de Duguit. Nous allons lui donner une forme imagée en décrivant un phénomène emprunté au domaine de la physique la plus élémentaire. Je tiens une pierre dans ma main; puis j'ouvre la main. La pierre tombe. J'ai voulu ouvrir la main; l'objet de ma volonté est : ouvrir la main. Mais il n'est rien de plus. La pierre tombe : ce n'est pas un effet de ma volonté. La chute ne peut avoir qu'une cause, la loi dite de l'attraction des corps. Et le geste volontaire (ouvrir la main) n'est que la *condition* du jeu de cette loi.

La thèse de Duguit n'est, en somme, que la transposition de ce raisonnement dans le monde du droit. Transposition dont il est difficile, il faut bien l'avouer, de contester la logique et la force. Il y a des lois, des règles, qui peuvent causer des modifications dans l'ordonnancement juridique. Tantôt elles agissent d'elles-mêmes : elles modifient des situations objectives ou en ajoutent de nou-

(9) Duguit, *Traité*, 3^e éd., I, p. 331.

velles. Tantôt elles subordonnent leurs propres effets à des *conditions préalables*, qui sont fruits de la volonté humaine (nous supposons, bien entendu que nous nous cantonnons dans le domaine des actes juridiques), mais ne seront jamais que des conditions et nullement des causes. Alors nous aurons des actes-règles et des actes-conditions, s'il faut faire naître une situation objective, et des actes subjectifs, s'il faut faire naître une situation subjective. Tous sont les conditions du déclenchement de la règle.

Insistons sur une remarque importante. Nous n'avons, dans les observations précédentes, *distingué d'aucune façon le cas de création de situation objective et le cas de création de situation subjective*. Cela mérite d'être souligné. Ce n'est pas parce que la situation subjective ne peut viser qu'un ou plusieurs individus nommément désignés, et non pas telle catégorie d'individus en général, ce n'est pas parce qu'elle ne peut créer que des obligations passagères et satisfaites une fois pour toutes, que le rôle de la règle doit être, dans la genèse de cette situation, différent du rôle de la même règle en matière de situations objectives. Duguit l'a lumineusement montré au paragraphe 32 du tome I, intitulé : la situation juridique consécutive à l'acte juridique. L'individu est un être intelligent : à ce titre, il peut *penser* les modalités des situations juridiques subjectives qu'il désire voir naître. Il va déclencher une multitude de règles, en quoi il aura fait acte de volonté; ces règles auront, en se combinant, une résultante qui sera la situation subjective. Elle a beau être individuelle, passagère, *rien ne la distingue, dans le domaine de ses causes*, de la situation objective. L'une et l'autre n'ont de source que dans la loi.

Pour mieux préciser encore le rôle de la loi en matière

de création de situation subjective, revenons, puisqu'il est commode, dans le domaine de la physique. Voici un artilleur : sa fonction a pour objet de placer un projectile de poids et de forme donnés en un point indiqué. Etant un être intelligent, il connaît les multiples lois physiques et mathématiques qui régissent la trajectoire d'un mobile dans une atmosphère résistante. Il sait que le vent déportera son mobile, que la température modifiera la trajectoire, qu'un mouvement de rotation imprimé à l'obus dans un but précis provoquera une dérivation dont il connaît la loi. Il sait aussi que certains mélanges chimiques ont le pouvoir de détoner, qu'ils produisent des poussées variant avec la température de la poudre. Il est, en un mot, au courant des multiples lois qui régiront la marche de l'obus. Que peut-il sur ces lois ? Rien. Il ne peut que les ajuster, les combiner, les faire se détruire ou se compléter. Dans la préparation de son tir, seule son intelligence agit. Puis, l'obus dans l'âme de la pièce, la pièce pointée, il *voudra*. Il ne peut vouloir qu'une chose, agir sur le cordon-tire-feu. Acte purement matériel. L'obus part, non parce que l'artilleur l'a voulu, mais parce qu'il est une loi chimique de la déflagration. L'obus suivra une courbe connue, non parce que l'artilleur a voulu cette courbe, mais parce qu'il est une loi mathématique sur les mouvements des corps dans le vide, combinée avec une loi physique sur les mouvements des corps animés d'une vitesse variable dans l'atmosphère terrestre. L'obus tombe au point fixé : la volonté de l'artilleur n'a fait que conditionner cet effet, en déclenchant cette multitude de lois, et ce sont ces lois qui ont causé la chute au point désigné.

Cet artilleur, c'est l'individu qui veut faire naître une situation juridique subjective. Intelligent, il connaît les

règles de droit et les combine. Doué d'une volonté, il fait un acte corporel (déclaration de volonté sous toutes les formes possibles). La loi s'ébranle, les rouages se croisent, s'engrènent : une situation subjective y trouve naissance que l'individu a pu concevoir et conditionner, mais non pas vouloir.

Reprenons maintenant l'image de la pierre que nous avons lâchée. Supposons que nous ayons attaché la pierre à un fil, lequel fil est lui-même attaché par l'autre extrémité à l'un de nos doigts. Nous recommençons l'expérience. La pierre tombe, mais, lorsque la longueur du fil est atteinte, cesse de tomber. La loi de l'attraction des corps est mise en échec par un autre phénomène physique dont la nature nous est totalement indifférente. Mais la condition de la chute de la pierre, c'est-à-dire le fait volontaire d'ouvrir la main, n'est nullement atteinte par cette violence faite à la loi de l'attraction universelle. *Seule la loi pâtit*, et la condition de sa mise en œuvre n'est plus qu'un élément dépassé.

Transposons, comme nous l'avons déjà fait, ce raisonnement dans le monde juridique. Grâce au déclenchement provoqué par une volonté humaine, la loi est entrée en action et a causé la naissance de situations juridiques. *Peu importe qu'il s'agisse d'une situation objective ou subjective*. Même pour ces dernières, nous venons de le montrer longuement, la loi seule est cause, la volonté n'étant que condition. Mais, ces situations juridiques une fois créées, voici que, soudain, sous une forme quelconque, un obstacle survient, une volonté s'affirme, un acte matériel est fait qui entrave le développement normal des effets de la règle de droit et porte atteinte aux situations créées. La condition de l'application de la règle va-t-elle se trou-

ver atteinte, elle aussi, par cet obstacle imprévu ? Nullement. L'élément volonté, qui provoqua la naissance de l'acte juridique, subjectif, règle ou condition, se trouve, exactement comme dans l'hypothèse physique envisagée, un élément dépassé. Sa tâche est finie, ses possibilités sont épuisées. La règle seule fonctionne et produit des effets que l'intelligence humaine peut penser, peut conditionner, mais ne saurait, en aucun cas, vouloir. Il faut donc conclure que, si une violation des situations créées survient, *quelle que soit la nature de ces situations, subjective ou objective, seul l'élément règle est atteint, l'élément volonté étant sauf.*

Nous ne croyons pas avoir trahi la pensée de Duguit. Et la conclusion est la suivante : *on voit qu'une violation de situation juridique subjective remonte toujours à une violation de la règle de droit.* Cette conclusion, nous la connaissons depuis longtemps : nous avons voulu, tellement nous la croyons importante, la reconstruire avec la théorie célèbre de l'acte juridique. Mais nous nous occupons, dans ce chapitre, de la théorie des contentieux. Et c'est pourquoi nous ajoutons cette nouvelle conclusion, à laquelle, en fin de compte, nous voulions aboutir : *comment, et de quel droit, puisque Duguit lui-même nous permet d'affirmer que toute violation d'une situation subjective s'analyse en une violation de la règle, de quel droit, disons-nous, prend-il, sans hésiter, la décision de classer dans une catégorie à part ce qu'il appelle le contentieux subjectif ?* Quelle en est la raison ? Duguit ne nous l'a pas donnée. Il fusionne, parce que c'est naturel, le cas de violation d'une situation objective et le cas de violation de la règle. Pourquoi ne pas y ajouter la violation de la situation subjective ? Les raisons qui valent pour l'une, valent pour l'autre

De cette distinction peu justifiée, et que nous critiquons, Duguit semble bien faire découler une véritable différence de nature entre les deux contentieux. Nous avons déjà signalé cette phrase : « Le juge doit résoudre une question de droit objectif dans deux hypothèses différentes, qu'il est utile de distinguer, bien qu'au fond elles se ramènent à une seule » (10). Ces deux hypothèses « qui se ramènent à une seule », ce sont les cas de violation de la règle et de violation d'une situation objective. Pour Duguit, la violation d'une situation subjective est autre chose. Pour nous, c'est la même chose encore.

Si, donc, nous persistons à maintenir une classification des différents contentieux, nous aurons grand soin d'affirmer au préalable, comme nous l'avons déjà fait, qu'entre ces différentes classes il n'y a aucune différence de nature. La notion de contentieux est une; celui-ci se présente sous un aspect uniforme, avec, dans tous les cas possibles, des attributs identiques.

§ 2. — Pourquoi il faut maintenir la distinction des contentieux objectif et subjectif. Le critère.

Nous serions en droit, semble-t-il, de rejeter toute distinction des contentieux. Jusqu'à présent, nous n'avons fait que répéter, sous des formes variées, que l'acte juridictionnel supposait toujours une question posée sur la violation de la loi. Or la notion de règle est une; la notion d'acte juridictionnel, reliée à la notion de règle par celle de violation de la règle, l'est donc aussi. Contentieux objectif et subjectif ne font qu'un, et les deux appellations sont superflues.

Formulée, cette conclusion serait fausse. Pour mieux

(10) Duguit, *Traité*, 3^e éd., II, p. 475.

dire, elle tirerait des déductions fausses d'un principe juste. Que les deux contentieux aient la même nature, qu'ils reposent l'un et l'autre sur le même fondement (violation de la règle), que, par conséquent, les réponses données à la question de droit aient dans les deux cas la même portée, tout cela est juste. Mais gardons-nous d'oublier les conséquences propres qu'entraîne la violation d'une situation subjective.

La notion de situation subjective intéresse la théorie des contentieux à trois points de vue, que nous allons étudier un à un.

I. — LES PERSONNES INTÉRESSÉES PAR LA VIOLATION D'UNE SITUATION SUBJECTIVE SONT NOMMÉMENT DÉSIGNÉES ET EN NOMBRE LIMITÉ.

Nous avons déjà dit bien souvent qu'une situation juridique objective est indifférente à la notion d'individu désigné. Elle vise des individus, sans quoi elle n'aurait aucune valeur juridique, mais ces individus sont désignés *in genere*, et non *in persona*. Certaines règles, très vastes, s'adressent à tous les membres du corps social, et la situation objective qui en résulte est également intéressante pour tous : telle la situation d'individu protégé dans sa personne humaine. D'autres règles, plus étroites, s'adressent à un nombre d'individus plus restreint : la situation objective d'un fonctionnaire déterminé n'intéresse directement que les fonctionnaires de la même catégorie et les personnes, supérieurs ou inférieurs ou usagers du service public, qui ont affaire à eux. La situation objective d'associé ne concerne que les membres de la société. Il est aisé de constater en outre que, quelle que soit l'étendue de la règle, elle reste règle en s'appliquant à tout individu qui remplit les conditions prévues. En revanche, elle n'a

aucune valeur pour Pierre ou Paul, *en tant qu'individus nommément désignés*.

La situation subjective, au contraire, *détermine* un individu, ou plusieurs individus, de la façon la plus précise. Un autre individu ne peut venir se substituer aux individus ainsi désignés. L'interchangeabilité des personnes ne se conçoit plus. Pour remplacer un individu placé dans une situation subjective par un autre individu, il faut faire une novation, c'est-à-dire un nouvel acte subjectif. Par contre si un fonctionnaire quelconque vient à ne pouvoir plus remplir la charge qui lui est confiée, on lui donne un successeur, et la même situation objective continue. On a souvent dit que la situation objective est permanente et la situation subjective temporaire.

De cette différence de nature va découler une déduction immédiate et très importante pour la distinction des contentieux. La notion de contentieux implique celle de violation de la règle. Or il est clair que la violation de cette règle n'aura pas le même inconvénient selon qu'elle aura été réalisée par l'intermédiaire d'une violation de situation objective ou d'une violation de situation subjective. Si la règle a été violée par l'intermédiaire d'une violation de situation objective, tous les individus qui sont dans cette situation objective sont atteints. Puisque la situation objective ne s'intéresse pas spécifiquement à tel individu désigné, la méconnaître c'est léser toute personne qui en bénéficie. Un assassinat ne constitue pas seulement une atteinte à la situation de la victime, mais de chaque membre du corps social. Si, au lieu de tuer Jacques, le criminel avait tué François, le crime était le même, l'atteinte à une certaine situation objective identique, et, si l'on met à part les différences de situations personnelles, l'impression ressentie par les autres membres du corps social n'au-

rait pas changé. Tout cela se traduit par le fait qu'une poursuite publique est organisée, dans laquelle un organe désigné et compétent représente la société tout entière. Prenons un autre exemple: une personne est nommée instituteur sans que les conditions exigées pour cela soient remplies; tous les instituteurs, qui ont intérêt à ce que le statut de leur fonction soit respecté, se trouvent lésés par l'atteinte portée à la situation objective unique dans laquelle ils sont placés.

Nous voyons donc que l'atteinte portée à une situation objective intéresse un grand nombre d'individus, tous désignés *in genere*. Très différente est la conclusion à laquelle on arrive quand il y a violation d'une situation subjective.

Lorsqu'une situation subjective se voit méconnue, seuls les individus nommément désignés se trouvent lésés. En raison de cette situation, certaines personnes sont astreintes à une prestation déterminée, unique. On ne saurait substituer qui que ce soit aux personnes ainsi désignées. C'est à Pierre que Paul a vendu sa maison, et non pas à Henri. Si Pierre refuse de payer le prix convenu, seul Paul se trouve directement atteint. Si, au contraire, Paul refuse de livrer l'immeuble, ce refus ne pourra nuire qu'à Pierre. Il n'est personne autre qui ait intérêt à venir prétendre que la situation subjective est violée, puisque cette situation ne vise que Pierre et Paul. En d'autres termes, il n'est que les personnes désignées par la situation subjective *qui aient intérêt* à en invoquer une violation. Cela ne veut pas dire que cette violation soit de nature différente de la violation d'une situation objective, et c'est pourquoi, nous le répétons, il n'y a aucune différence de nature entre les contentieux. On ne constatera toujours que des violations de la loi. Mais nombreux sont les individus qui ont intérêt à voir respecter une situation objective, et ces

individus sont désignés *in genere*. Au contraire, le nombre des individus qui ont intérêt à venir soutenir qu'une situation subjective a été violée est restreint, rigoureusement délimité, et ces individus sont désignés *in persona*.

Nous savons bien que, dans certains cas, des individus qui n'étaient point introduits d'abord dans la situation subjective sont autorisés à s'en prévaloir et à surveiller l'exécution des obligations qu'elle entraîne. C'est le cas des créanciers qui veulent utiliser l'« action indirecte » de l'article 1166 du Code civil. Cette remarque ne porte pas atteinte à la théorie de l'intérêt limité. Car c'est en se couvrant du nom de l'individu désigné que ces créanciers peuvent agir. On peut dire qu'ils sont, eux aussi, désignés par la situation subjective, mais par l'intermédiaire de leur débiteur.

En résumé, si les violations de situations subjectives et objectives ne peuvent se distinguer par leur nature, il découle néanmoins de la distinction des deux catégories de situations juridiques une différence quant à la désignation des individus *ayant intérêt* à invoquer la violation de ces situations.

II. — LA SITUATION JURIDIQUE SUBJECTIVE NE PEUT ÊTRE PARFAITEMENT CONNUE QUE SI TOUTES LES PARTIES INTÉRESSÉES DANS CETTE SITUATION SONT EN CAUSE.

Nous rappelons qu'il y a juridiction lorsqu'une question relative à la violation de la loi est posée au juge. Nous rappelons aussi que l'on peut, en somme, considérer cette violation comme intéressant soit une situation objective, soit une situation subjective. L'hypothèse de la violation directe de la règle de droit ne se distingue point du premier cas. Il en résulte, nous l'avons montré longuement, que le

juge doit, avant de constater que cette situation objective ou subjective a été violée, *dire si elle existe*. Nous rappelons aussi que tous les auteurs, et Duguit lui-même, enseignent que la réponse donnée à cette question d'existence d'une situation juridique est l'objet de l'acte juridictionnel. Nous avons établi, croyons-nous, que cette réponse ne peut être considérée que comme la solution de l'une des questions concrètes dont l'ensemble fournit les éléments de fait du procès, et que c'est la question de la violation de cette situation juridique, donc de la règle, qui fait l'objet de l'acte juridictionnel. Mais il n'en reste pas moins que le juge doit trancher cette question d'existence des situations juridiques. Il doit dire comment elles sont constituées, *en déterminer les modalités parfois multiples*. Après, et après seulement, il pourra résoudre le problème de la violation.

C'est dans la détermination de la structure et des modalités de cette situation juridique que nous allons trouver une différence profonde entre les deux contentieux. Autant il va être facile de déterminer, et une fois pour toutes, les modalités d'une situation objective, autant il sera difficile de déterminer celles d'une situation subjective. On ne pourra jamais, d'ailleurs, acquérir la certitude de les avoir toutes aperçues.

Plaçons-nous, d'abord, dans l'hypothèse où quelqu'un vient prétendre qu'une situation objective est violée. Comment procédera le juge pour connaître, dans ses moindres détails, cette situation objective? Il va, tout simplement, se reporter à l'acte-règle qui lui donne naissance. Cela fait, il aura la certitude absolue que rien ne lui échappe de la situation objective. En rappelant que l'individu n'intervient pas dans la formation de cette situation, et qu'un acte-condition, s'il est nécessaire, ne lui donne pas la possibi-

lité d'y rien changer, on démontre que le juge possède, grâce à l'acte créateur, tous les éléments qu'il peut désirer. S'il s'agit d'une loi ou d'un décret, il feuillette ses recueils. S'il s'agit d'un acte de société, il en a le texte à sa disposition. Si, enfin, il a affaire à une situation objective de sociétaire, il aura également le texte des statuts. A moins qu'il ne s'agisse d'une association non déclarée. Dans ce dernier cas, la difficulté de la preuve serait grande. Mais il est bien difficile de concevoir un procès naissant au sein d'une association de ce genre.

Nous voyons donc que, aussi bien en théorie qu'en pratique, le juge a toujours le moyen de connaître l'acte-règle, et, par conséquent, toutes les modalités de la situation qui l'intéresse. Ajoutons que, si le même procès vient à rebondir de façon ou d'autre, pour tel motif qu'il nous plaira d'imaginer, par l'introduction de nouvelles parties, par l'apparition de nouveaux éléments..., la conception que le juge se sera faite de la situation objective ne pourra jamais être modifiée. Car elle ne découle que de l'acte-règle, qui ne peut changer dans le cours du procès. L'opinion que le juge se fera de la *violation* de cette situation subira toutes les fluctuations du procès, mais la situation restera, dans l'esprit du juge, rigoureusement immuable.

On nous dira peut-être que la détermination de la situation objective est, justement, l'une des difficultés du procès, que le juge a pu s'y tromper et modifier son opinion par la suite. L'individu le plus compétent peut varier bien des fois dans l'interprétation d'une règle. Tout cela est vrai. Toutefois, la difficulté qu'on nous signale ainsi, le juge l'éprouvera pour résoudre toute question de droit abstraite ou concrète. La solution de la question relative aux modalités de la situation objective n'a, de ce point

de vue, aucune place à part. Le juge peut commettre des erreurs : ce sera à la juridiction d'appel, voire de cassation, à les redresser. Nous maintenons fermement que, ayant l'acte-règle entre les mains, le juge a tous les éléments nécessaires pour déterminer la situation objective. Opération laborieuse souvent, mais qui, terminée, ne saurait jamais être rendue stérile par l'apport d'un élément nouveau, extérieur à l'acte-règle.

Toutes les fois qu'une question de violation d'une situation objective est posée, et nous admettons, par définition, que nous sommes alors en présence d'un cas de contentieux objectif, nous trouvons dans l'acte-règle un élément de stabilité. La nature de la situation subjective va le faire disparaître.

Pour exposer avec toute la clarté désirable la question qui nous intéresse maintenant il faut reprendre, avec plus de soin que nous ne l'avons encore fait, l'analyse de l'acte subjectif. Nous savons que, d'après Duguit, cet acte ne crée pas la situation objective, que seule la loi a un tel pouvoir, que l'acte n'est que la condition du déclenchement de la loi. Nous savons aussi que, au contraire, dans la théorie classique, c'est la volonté qui est créatrice des droits et des obligations, c'est-à-dire de tous les éléments et de toutes les modalités d'une situation subjective. Or nous croyons que le raisonnement que nous entendons faire peut se développer avec l'une ou l'autre de ces deux théories.

Il suffit, pour être d'accord, de remarquer que l'intelligence de l'individu, d'un certain individu considéré *in persona*, joue un rôle qu'elle n'avait pas dans la formation d'une situation objective. Pour cette dernière, l'acte-règle suffisait. *Pour la situation subjective l'individu a une faculté de choisir.* Elle sera ce qu'il désirera qu'elle soit.

L'individu *pense* la situation qu'il voudrait voir se réaliser; il en fixe les modalités, il lui est loisible d'apporter à un type de contrat banal une modification jugée nécessaire ou commode. C'est, en d'autres termes, l'individu et rien que l'individu qui donne à la situation subjective sa contexture et sa portée. Notons qu'il n'y a dans tout cela qu'une opération de l'intelligence. L'individu n'a fait que *penser*. La théorie classique et la théorie de Duguit ne peuvent pas n'être pas d'accord sur ce point. Elles vont diverger quand l'élément volonté s'introduira. Or, cet élément s'introduit maintenant. Du stade de la pensée, nous passons au stade de l'action. La théorie classique dit alors : l'individu *veut*, et c'est parce qu'il veut que la situation se réalise. Duguit dit : non, l'individu ne peut vouloir et réaliser que la condition du déclenchement de la règle, c'est-à-dire un acte corporel. La loi reste seule créatrice.

Il ne peut y avoir de discussion possible sur le premier stade, appelé par nous stade de la pensée. L'individu est seul capable de déterminer les modalités et le contenu de la situation juridique subjective. Quelque opinion qu'on ait sur le rôle de la volonté, l'antinomie se révèle donc radicale avec la formation d'une situation juridique objective, dans laquelle le facteur « intelligence d'un individu désigné » n'apparaît jamais.

Conséquence : autant il est facile de saisir le contenu d'une situation objective quand on possède l'acte-règle qui la crée, autant il est difficile de saisir une situation subjective. Il faudrait, pour bien faire, pénétrer jusqu'à la pensée même de l'individu. Duguit a montré que c'était là un problème rigoureusement extrajuridique ⁽¹¹⁾.

(11) Voir notamment ce qu'il dit du serment, *Traité*, 2^e éd. V. p. 493 et suiv.

Heureusement, les choses se simplifient dans la pratique. D'abord, s'il est exact que la science du droit admet, de plus en plus, la formation de situations subjectives par volonté unilatérale, il n'en résulte pas moins que l'immense majorité de ces situations résulte d'accords synallagmatiques. Aussi, pour leur détermination, le juge peut utiliser la méthode des recoupements. De plus, la sagesse humaine a fait que l'on a pris l'habitude de l'écrit. Remarquons, néanmoins, que si l'écrit matérialise, en quelque sorte, la situation juridique subjective, il lui est impossible de prouver qu'il en contient toutes les modalités. Des adjonctions verbales ont pu survenir que les parties n'auront pas mentionnées. Enfin il est certain que, de nos jours, l'écrit perd de son importance. On lui reproche d'entraîner des lenteurs et d'exiger la présence des parties. En citant les opérations de bourse, pour lesquelles l'immense majorité des ordres se fait verbalement, on montre quelle importance prennent les affaires conclues sans écrit.

La difficulté de la détermination par le juge des situations juridiques subjectives est donc considérable. C'est elle, nous semble-t-il, qui a égaré la doctrine à propos de l'objet de l'acte juridictionnel. La démonstration de l'*existence* d'une situation subjective prend dans le procès une place telle qu'on finit par croire qu'elle le comprend tout entier. Elle n'en est qu'un élément permettant de conclure, plus tard, à la violation de la règle.

Une dernière remarque, capitale à la vérité. Nous disions que le juge était à même, la difficulté d'interprétation mise à part, de saisir la totalité de la situation objective dès qu'il avait entre les mains l'acte-règle, générateur de cette situation. Nous disions aussi qu'un élément ultérieurement découvert, extérieur à l'acte-règle, ne pouvait mo-

difier le concept réalisé par le juge. Il ne reste rien de tout cela quand il s'agit des situations subjectives. Les plaideurs au procès ont pu ne pouvoir démontrer, une première fois, qu'une portion des modalités et du contenu de la situation. Le juge se sera vu contraint de raisonner sur ces éléments, pour incomplets qu'ils soient. Surviennent de nouveaux éléments, et la conception que le juge s'est faite sera modifiée d'autant. La situation subjective pourra se montrer très différente de ce qu'elle paraissait être auparavant.

Il y a plus : quelques-unes des parties à la situation peuvent n'avoir pas été appelées au procès. Les parties en cause ont pu dire de la situation subjective ce qu'il leur plaisait d'en dire. Les exemples ne sont pas rares d'adversaires complices dans le silence. Qu'une des personnes intéressées, mais non mises en cause, vienne par la suite établir qu'il y a eu des éléments omis, et la situation subjective apparaîtra comme modifiée.

Une conclusion des plus importantes en découle. Le juge ne peut avoir l'espoir de posséder la totalité des éléments d'une situation subjective *que si toutes les parties à cette situation ont été mises en cause.*

Faudra-t-il s'étonner, par la suite, que, en matière de contentieux subjectif, une déférence particulière soit accordée aux personnes intéressées, mais étrangères au procès, déférence que le contentieux objectif ne saurait connaître?

III. — S'IL Y A VIOLATION D'UNE SITUATION SUBJECTIVE LA DIFFÉRENCE DE PERSONNES ENTRAÎNE, EN MATIÈRE PROCESUELLE, LA DIFFÉRENCE D'OBJETS.

Reprenons une dernière fois le rôle de l'intelligence dans la formation de la situation subjective. Nous savons

que l'individu qui veut voir naître une situation subjective est libre de lui donner le contenu et les modalités par lui désirés. Examinons la situation subjective résultant d'un contrat de vente avec garantie de paiement par un tiers. La situation sera composée d'un lien de droit entre l'acquéreur et le vendeur, d'un autre lien de droit entre le vendeur et le garant. Au moment de faire naître la situation subjective de vendeur, l'individu a juxtaposé en pensée ces deux liens de droit. L'un et l'autre, étant subjectifs, n'ont de valeur qu'en fonction d'individus rigoureusement désignés et pour des obligations déterminées. Nous admettons qu'une contestation s'élève entre le vendeur et l'acquéreur. Le garant n'est pas mis en cause. Il y a, par exemple, discussion sur l'objet de la vente ou sur le prix. *L'objet de ce procès est uniquement la violation du lien de droit qui lie le vendeur à l'acquéreur. Le garant est entièrement hors de cause, parce que les liens sont subjectifs et que le lien qui existe entre le vendeur et l'acquéreur ne désigne nullement le garant.* Nous admettons aussi que, l'affaire terminée, une nouvelle contestation s'élève, mais, cette fois-ci, entre le vendeur et le garant. L'objet de ce second procès ne peut être que la violation du lien de droit qui relie ces deux individus, et ceci, pour la même raison que précédemment, à savoir le caractère subjectif des liens de droit. *L'objet du second procès est donc différent de l'objet du premier procès.*

Il est essentiel de bien saisir toute la portée de cette constatation. Nous voulons la démontrer avec le plus grand soin. Trois cas, nous semble-t-il, doivent être envisagés.

1° Le premier procès entre le vendeur et l'acquéreur étant terminé, une contestation peut s'élever entre le vendeur et le garant. L'acquéreur condamné n'a pu

payer, le vendeur se retourne contre le garant et celui-ci refuse de s'exécuter. Le garant va contester contre la prétention du vendeur, soutenant, par exemple, que le lien de droit qui les unit a disparu, que le vendeur a renoncé à la garantie stipulée de lui. Dans ce cas il est certain que l'objet du procès est absolument distinct de l'objet du procès précédent. Le premier procès tendait à faire constater la violation du lien de vendeur à acquéreur, et le second tend à faire constater la violation du lien de garanti à garant.

2° Le second cas, déjà plus délicat, s'analyse ainsi. Le vendeur non payé *s'attaque directement au garant*. Et celui-ci répond, pour se défendre, que le prétendu lien de droit entre vendeur et acquéreur n'existe pas en réalité, parce que, si l'on veut, il n'y a eu qu'un projet de contrat, non un véritable accord de volontés. Il semble que, dans cette hypothèse, l'objet du procès soit exactement le même que celui du procès qui aurait pu naître si le vendeur s'était attaqué à l'acquéreur. Dans les deux procès, en effet, on discutera sur le lien de droit qui unit le vendeur à l'acquéreur. D'où l'on peut conclure : l'affirmation vers laquelle nous tendons, à savoir que, dans le contentieux subjectif, la différence des personnes entraîne la différence des objets, se révèle ici controuvée.

Cela serait vrai si l'objet d'un procès était la constatation d'un lien de droit, de l'existence d'une situation subjective. Mais nous savons qu'une telle constatation n'est l'objet que d'une question concrète, et que l'objet de la question principale, à qui seule il faut s'attacher, est la constatation d'une violation de situation. Le raisonnement qu'on tendrait à nous opposer prouve seulement que dans les deux procès, procès né entre vendeur et garant et

procès qui aurait pu naître entre vendeur et acquéreur, la même question concrète, c'est-à-dire le problème de l'existence d'une situation subjective, jouera un rôle d'élément dans la formation des deux questions principales. Mais la première de ces questions principales posera le problème de la violation du lien de droit *entre vendeur et garant*, alors que la seconde aurait posé celui de la violation du lien de droit *entre vendeur et acquéreur*. La même question concrète sert dans deux procès différents, dont les deux objets sont différents.

3° Enfin se présente le cas le plus délicat. L'hypothèse est la même que précédemment. Le vendeur s'adresse directement au garant, mais celui répond en accusant le vendeur de mauvaise exécution de sa propre obligation ou d'inexécution de cette obligation. Si le procès était né entre vendeur et acquéreur, l'objet en eût été la constatation de la violation par le vendeur du lien de droit qui réunit vendeur et acquéreur. Puisqu'il y a question de violation, il y aurait eu place pour un acte juridictionnel. Si nous revenons maintenant au procès réel qui s'est engagé entre vendeur et garant, nous voyons que le garant tendra, comme l'eût fait l'acquéreur, à prouver la violation commise par le vendeur. D'où, contrairement à ce que nous affirmons, il y a identité d'objet, malgré la différence des personnes.

Nous rappellerons, en guise de réponse, que la première partie de cette étude contient plusieurs pages consacrées à l'étude du cas difficile, et avec lequel nous n'en avons pas fini, où un acte juridictionnel principal suppose la solution préalable d'un autre acte juridictionnel. Une hypothèse très importante est celle de l'article 471 du Code pénal. Mais elle n'est pas la seule, ainsi que nous l'avons

montré. Nous en trouvons une autre ici. Le garant, pour prouver qu'il ne viole pas le lien de droit qui l'unit au vendeur (ce qui est l'objet de l'acte juridictionnel principal), doit montrer que le vendeur a lui-même violé le lien de droit qui l'unit à l'acquéreur (ce qui est l'objet de l'acte juridictionnel préalable). Et l'acte juridictionnel préalable, une fois résolu, ne fait plus figure que d'élément de la question principale. Répondant à une question de violation de la règle (objet du procès qui aurait eu lieu entre le vendeur et l'acquéreur), il permet de résoudre *une autre* question de violation de la règle (objet du procès qui a lieu entre vendeur et garant).

Tout se résume à ceci : l'objet d'un procès est la constatation d'une violation de la règle. Cette violation variera toujours, *en matière de contentieux subjectif*, avec la personne en cause, parce qu'il y a autant de liens *subjectifs* que de personnes.

Au lieu d'une hypothèse simple nous pourrions créer une hypothèse très compliquée, où les liens de droit seraient multiples. Le même raisonnement s'appliquerait encore : il conduirait à dire que, en matière de situations subjectives, la différence de personnes entraîne une différence d'objet.

Nous signalons, dès à présent, que toute l'explication de l'article 1351 du Code civil est là.

En résumé nous voyons que, si la violation d'une situation subjective apparaît toujours comme une violation de la règle, elle présente néanmoins certains caractères spécifiques :

1° Le nombre des personnes *ayant intérêt* à se prévaloir d'une violation de la règle est strictement réduit et limité

quand il s'agit d'une situation subjective. Beaucoup plus grand est le nombre de personnes lésées par la violation d'une situation objective. Il se peut même que toute personne ait intérêt à l'invoquer.

2° Un juge peut aisément résoudre une question concrète relative à l'existence et aux modalités d'une situation objective; il n'est jamais aussi assuré d'avoir saisi toutes les nuances et modalités d'une situation subjective. Avec les parties au procès le concept qu'il se fait de la situation subjective peut changer; rien de semblable ne peut se produire pour la situation objective.

3° Enfin la situation subjective présente un caractère très spécial : les différents liens de droit que crée un acte subjectif s'appliquant à des individus nommément désignés, il en résulte que, suivant qu'on a affaire à tel ou tel individu, on voit changer le lien de droit dont la violation fait l'objet du procès. Nous ne voulons pas empiéter sur la théorie de la chose jugée, mais il nous est impossible de ne pas signaler que nous touchons ici à ce qu'on a coutume d'appeler l'autorité relative de la chose jugée.

En considération des caractères spécifiques de la situation subjective, nous maintiendrons donc qu'on doit établir une distinction entre le contentieux objectif et le contentieux subjectif.

IV. — LE CRITÈRE.

Il nous faut un critère. Ce sera le suivant : *toutes les fois que la violation de la règle apparaîtra sous la forme de la violation d'une situation subjective, nous dirons qu'il y a contentieux subjectif*. Nous n'avons jamais, dans les pages précédentes, parlé que de la violation de pareilles

situations. Il est donc naturel d'en faire le critère cherché. Les situations subjectives ont droit à une place à part ⁽¹²⁾.

Mais nous redisons encore qu'il ne faut pas voir dans le contentieux subjectif quelque chose de différent du contentieux objectif. L'un et l'autre se définissent par la violation de la loi. Et, comme une violation de situation subjective se résout en la violation de la situation objective d'individu protégé quant aux situations subjectives, nous concluons : le contentieux subjectif peut être considéré comme un cas particulier du contentieux objectif.

On objectera que, en fait de critère, nous n'apportons rien de nouveau, que Duguit a déjà parlé de différencier les deux contentieux par la nature de la question principale, que nous reprenons le critère proposé par lui. L'exemple du contentieux de la légalité des actes subjectifs va montrer qu'il n'en est pas ainsi.

§ 3. — Exemples de cas de contentieux. Erreur commise par Duguit au sujet du contentieux de la légalité des actes subjectifs.

La différence qui sépare le critère de Duguit du nôtre se résume à ceci : la question principale telle que la conçoit Duguit disparaît. Nous savons que, suivant sa doc-

(12) Il semble que, indépendamment des questions de contentieux, les situations juridiques subjectives aient droit à des égards spéciaux. On a coutume de faire remarquer que le législateur n'a pas le droit de les modifier par une loi, alors qu'il peut modifier les situations objectives. C'est le principe de non-rétroactivité des lois. Faire rétroagir les lois qui règlent la naissance et la durée des situations subjectives, c'est porter atteinte à celle de ces situations subjectives qui sont déjà créées. Les événements de la guerre, les lois sur les loyers et moratoria, ont montré que, pour être parfois nécessaires, de telles atteintes sont toujours infiniment redoutables.

trine, elle occupe dans le procès une place de premier plan, sans qu'il ait dit la raison pour laquelle il en fait un critère et, ce qui est aussi grave, sans qu'il ait fourni le moyen qui permet de la révéler. D'où résultent de véritables erreurs, notamment pour le contentieux de la légalité des actes subjectifs. La difficulté s'évanouit avec la définition que, au résultat de l'analyse de l'acte juridictionnel, nous avons donnée de la question de droit principale. Celle-ci résume le procès, contient les solutions de toutes les questions abstraites et concrètes, et pose la question de violation de la règle. Peu importe, dès lors, que le procès ait pour résultat de modifier, de faire apparaître ou disparaître une situation subjective (comme cela se produit dans le contentieux de la légalité des actes subjectifs). Il y aura contentieux subjectif *quand la question de violation de la loi* sera celle d'une violation de situation subjective.

I. — EXEMPLES DE CONTENTIEUX OBJECTIF.

Contentieux de la répression ou contentieux pénal.

C'est le type du contentieux objectif. La loi interdit à *tout individu* de faire certains actes. Si quelqu'un viole cette interdiction, il n'est porté atteinte qu'à la règle objective. Aucune situation subjective n'est en jeu. Nous sommes certainement en présence d'un cas de contentieux objectif. Nous avons dit qu'aucune règle générale ne permettait de déterminer la nature de la décision consécutive par la nature du contentieux. Innombrables sont les cas où le contentieux de la répression, contentieux uniquement objectif, donne naissance à une *décision subjective* : il en est ainsi toutes les fois qu'une amende est infligée.

Contentieux de la réparation.

Il y a contentieux de la réparation lorsqu'une question de droit principale est posée sur la violation de la situation objective d'individu protégé dans ses biens, son honneur, sa personne physique. Comme les atteintes à la personne physique tombent aussi sous le coup de la loi pénale, nous trouvons ici le cumul de deux contentieux différents, mais tous les deux objectifs. Le contentieux de la réparation ne donne jamais lieu qu'à une décision consécutive subjective.

Contentieux des questions d'état.

On peut affirmer que tout ce qui est état des personnes est objectif, ce qui suffit à démontrer que l'état ne peut être l'occasion que de contentieux objectif. La décision consécutive sera, indépendamment des intérêts pécuniaires en jeu, une décision objective. Elle placera certains agents déterminés dans l'obligation d'avoir à faire certaines mentions sur un registre.

Contentieux de la légalité des actes juridiques.

Ce titre indique, à lui seul, qu'il s'agit de contentieux objectif. Aucune allusion n'y est faite à une violation de situation subjective.

Et, en effet, peu importe qu'il s'agisse d'actes subjectifs ou d'actes objectifs. Sur ce point, nous nous trouvons en contradiction avec Duguit qui classe la légalité des actes subjectifs dans le contentieux subjectif. Nous ne pouvons accepter cette manière de voir, et comme nous trouvons ici l'occasion de préciser en quoi notre conception de la distinction des contentieux diffère de celle de Duguit, nous allons nous y arrêter un peu.

Examinant la question de la légalité des actes subjectifs,

Duguit écrit : « La question posée au juge est uniquement celle de savoir si l'acte considéré est ou n'est pas atteint d'un vice juridique, c'est-à-dire s'il réunit ou non tous les éléments exigés par le droit objectif pour qu'il soit régulier. Il est très important de bien comprendre que cependant ce n'est qu'une question de droit subjectif qui est posée au juge. Sans doute celui-ci est obligé de rechercher si, en fait, les exigences du droit objectif ont été respectées. Par là, il procède à l'examen d'une question de fait préalable à la question de droit dont il est saisi, celle de savoir si l'acte subjectif considéré est régulier ou non. Puisqu'il s'agit d'un acte subjectif, la question de régularité d'un pareil acte est certainement une question de pur droit subjectif. Si l'on y regarde de près, on voit qu'en réalité la question est celle de savoir si une situation de droit subjectif est née régulièrement ou non. La question est de même ordre que celle envisagée précédemment, celle de savoir si une situation juridique existe et quelle est son étendue. Si celle-ci est une question de droit subjectif, celle-là l'est assurément aussi. »⁽¹³⁾.

Nous nous méprenons peut-être, mais il nous semble que, à lire ces lignes, on peut se demander si, les écrivant, l'auteur était bien convaincu. Nous sommes persuadé que Duguit s'est laissé entraîner par le rapprochement de l'hypothèse qu'il avait étudiée auparavant, celle de l'existence d'une situation subjective. Il distingue parfaitement tous les éléments du problème : « Sans doute celui-ci (le juge) est obligé de rechercher si, en fait, les exigences du droit *objectif* ont été respectées. » Comment Duguit peut-il dire qu'il ne s'agit que d'une « question de *fait* préalable » ? Et quelle distinction peut-on établir entre voir « si les exi-

(13) Duguit, *Traité*, 3^e éd., t. II, p. 464.

gences du droit objectif ont été respectées » (ce qui serait une question de fait), et voir « si l'acte subjectif considéré est régulier ou non » (ce qui serait une question de droit). Il nous semble que cela n'est qu'une seule et même question. *Cette opération pose une question de droit principale relative à la violation des règles objectives qui fixent les conditions de fond et de forme des actes juridiques.* Dire si ces règles ont été violées, voilà l'objet de l'acte juridictionnel. *Comme cette violation ne porte nullement atteinte à une situation subjective, on peut affirmer, bien qu'on soit en présence d'un acte subjectif, qu'il y a là un cas de contentieux objectif.*

Cet exemple nous montre le danger de la conception de la question principale que s'était formée Duguit. Sans doute, *le principal*, dans cette affaire, est de savoir si la situation subjective sera maintenue ou non. Mais ce qui détermine le juge n'est pas là : l'objet du procès est la légalité de l'acte créateur. C'est au sujet de la légalité de cet acte que se pose la question de droit principale (*telle que nous la concevons*, c'est-à-dire comme le résumé de toutes les questions concrètes et abstraites relatives aux conditions de fait et de droit qui ont entouré la naissance de l'acte), et comme cette question principale n'est pas posée sur la violation d'une situation subjective, nous disons qu'il y a contentieux objectif.

A la fin du passage que nous avons cité, Duguit rapproche deux hypothèses : celle de l'existence d'une situation subjective et celle de la légalité de l'acte subjectif. Il déclare que les deux questions sont « du même ordre ». Nous croyons trouver là une erreur. La première, question d'existence d'une situation subjective, pose une *question de droit concrète*. En face de la solution qu'on lui donne il faudra placer le refus du débiteur de s'exécuter pour former la question de droit principale. Au contraire la question de

légalité de l'acte subjectif constitue à elle seule l'objet d'une *question de droit principale*, puisqu'elle pose directement une question de violation de la loi.

Nous maintiendrons donc que le contentieux de la légalité des actes subjectifs est un cas de contentieux objectif.

La réparation rendue nécessaire par la violation de la règle au moyen d'un acte subjectif ne peut avoir d'autre forme que l'annulation de l'acte. Comme un acte subjectif ne peut être annulé que par un autre acte subjectif, la décision consécutive sera un acte subjectif. Une fois de plus se trouve vérifiée la règle qui veut qu'entre la nature du contentieux et la nature de la décision consécutive il n'y ait aucune relation.

II. — EXEMPLES DE CONTENTIEUX SUBJECTIF.

Le domaine du contentieux subjectif est, en somme, moins vaste que celui du contentieux objectif. Cela ne veut pas dire que les procès répondant à sa définition soient moins fréquents ou nombreux que les autres. Prenons des espèces précises.

Un vendeur prétend que son acquéreur refuse de le payer. Il pose une question de droit principale relative à la violation d'une situation juridique subjective : donc contentieux subjectif.

Un gérant d'affaire prétend que la personne pour qui il a géré se refuse à lui rembourser les sommes qu'il a avancées (exemple d'obligation subjective non contractuelle). Il pose une question principale relative à la violation d'une situation subjective : donc contentieux subjectif.

Un pensionné muni de son titre vient toucher au guichet une somme de x francs. On lui refuse le paiement. Il y a violation d'une situation subjective (non pas de la situation

objective de pensionné, mais de créancier de l'Etat pour une somme de x francs).

Dans toutes ces hypothèses, la décision consécutive sera exclusivement *un acte objectif*. En effet, si la condamnation comporte l'obligation de payer la somme due, elle ne crée pas l'obligation dont l'acte juridictionnel avait pour objet de constater la violation. La décision consécutive n'aura, au fond, qu'un seul effet : faire naître sur la tête du créancier la situation *objective* d'individu disposant des moyens de coercition que prévoit la loi. Cette situation objective ne peut apparaître qu'à la suite d'une acte-condition, et, pourtant, nous avons affaire à des cas de contentieux *subjectif*.

SECTION II

LA DISTINCTION DES CONTENTIEUX ET L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE

De notre étude des différents contentieux, il résulte que le domaine du contentieux *subjectif*, déjà réduit dans la doctrine de Duguit, doit être encore restreint au profit de celui du contentieux *objectif*. Nous avons montré que Duguit ne parvenait à construire sa théorie de la relativité de la chose jugée qu'en attribuant à la décision finale une importance qui est en contradiction avec sa propre théorie de l'acte juridictionnel. Nous avons montré, enfin, que la différence de nature qu'il croit découvrir entre les deux catégories de contentieux n'existe pas. *Il faut donc renoncer à lier l'autorité relative de la chose jugée à l'existence du contentieux subjectif.*

Dès lors, si l'on se souvient des multiples arguments déjà donnés en faveur de l'autorité absolue, si l'on constate que

la distinction des contentieux, laquelle, selon Duguit, sert de base à la distinction de l'autorité relative et de l'autorité absolue, ne peut être maintenue que si l'on consent à faire du contentieux subjectif un cas particulier du contentieux objectif (le cas où la règle violée est celle du respect des situations subjectives), on peut se demander quel argument subsiste en faveur de l'autorité relative.

En conséquence, nous croyons pouvoir poser maintenant *le principe de l'autorité absolue*.

Nous allons faire l'application de ce principe à différents cas des deux catégories de contentieux. Si, pour quelques-uns, nous ne ferons que répéter très rapidement des solutions déjà acquises, pour beaucoup d'autres nous allons arriver à des conclusions nouvelles et intéressantes.

Mais il importe de rappeler *que l'autorité de la chose jugée ne nous est encore apparue qu'avec son rôle purement négatif*. Ne perdons pas de vue un seul instant que, jusqu'à plus profond examen, cette autorité n'interdit qu'une seule chose : recommencer le même procès. Mieux vaut dire qu'elle interdit de poser une seconde fois la même question de droit principale (relative, par conséquent, à une violation de la loi). *L'autorité de la chose jugée étant absolue*, nous disons que *personne, qu'il s'agisse de parties ou de tiers au procès, ne peut prétendre poser au juge une question principale identique à la question principale déjà résolue*. Et nous avons vu que, dans la mesure où elle atteint les tiers, l'autorité de la chose jugée produit des effets positifs. Tout ce que nous savons de la chose jugée se résume à cela. Plus tard seulement, nous aborderons les effets indirects de la chose jugée, ceux qui s'attachent aux éléments constitutifs de la question principale, notamment aux solutions concrètes.

§ 1. — Contentieux objectif.

1° Contentieux de la répression.

L'autorité de la chose jugée s'impose à tous, aussi bien aux agents qu'aux particuliers. Supposons donc qu'un individu soit poursuivi pour un délit quelconque et acquitté du chef de ce délit. La réponse donnée par le juge ayant une valeur *erga omnes*, aucun autre agent ne pourra tenter de poursuivre cet individu pour ce même délit. Cette conclusion est traduite depuis fort longtemps par la vieille règle : *non bis in idem*.

Aucun agent ne peut tenter de poser à nouveau une question de droit principale déjà résolue. Ceci doit s'appliquer au juge qui, pour trancher un procès civil, aurait besoin de se faire au préalable une opinion sur la culpabilité d'un individu, culpabilité déjà fixée par un tribunal répressif. Cette conclusion est, comme la précédente, connue depuis fort longtemps, et nul ne conteste que « les jugements criminels aient une autorité absolue ».

2° Contentieux de la réparation.

Supposons qu'une personne installe une usine. Un voisin vient se plaindre à justice de ce que cette usine, par les bruits qu'elle provoque, les émanations qu'elle dégage, lui cause un préjudice et réclamer une indemnité basée sur l'article 1382 du Code civil. Le tribunal le déboute en déclarant que l'usinier n'a pas commis d'abus de droit, n'a pas excédé les limites tracées par les obligations de bon voisinage. Cette décision a l'autorité de la chose jugée. Cette autorité étant absolue et négative signifie que *n'importe quel autre voisin devra être déclaré irrecevable à intenter la même action dans les mêmes conditions*. Il est certain que la jurisprudence ne consentirait pas, dans

son état actuel, à faire ici l'application de la chose jugée. Cette application nous semble pourtant toute naturelle.

Supposons maintenant qu'un employé quelconque cause un dommage. On intente contre lui l'action de l'article 1382. Il est déclaré coupable d'avoir violé la règle qui protège les individus dans leur patrimoine. Le gagnant pourra invoquer cette solution contre la personne civilement responsable en vertu de l'article 1384. Nous sommes en présence de l'effet direct positif de la chose jugée. La personne civilement responsable ne peut contraindre celle qui a subi le dommage à poser au juge une question de violation de la règle déjà résolue. Toutes les personnes civilement responsables se trouvent dans la même situation. Il est certain que la jurisprudence n'admet pas, à l'heure actuelle, cette solution. Cette jurisprudence est injustifiable (14).

Une autre application très importante de l'autorité absolue se trouve en matière d'assurance. La jurisprudence admet que la chose jugée entre la victime et l'auteur de l'accident n'est pas opposable à l'assureur et ne peut être invoquée par lui (15). Il y a là une prime dangereuse donnée

(14) Cass. crim., 5 août 1925, S., 27. 1. 38; Cass. civ., 11 déc. 1928, D. H., 1929, 51. — « Attendu... que les décisions de la justice pénale ont, au civil, l'autorité de la chose jugée à l'égard de tous, en ce qui concerne l'existence du fait incriminé, sa qualification, la culpabilité ou l'innocence de ceux auxquels ce fait est imputé; mais qu'il n'en est pas de même lorsque ces décisions statuent, accessoirement à l'action publique, sur des dommages-intérêts; qu'elles n'interviennent alors que dans un intérêt purement privé et sont soumises à la règle de la relativité de la chose jugée posée par l'article 1351 du Code civil... »

Dans cet arrêt sont distingués les deux procès civil et criminel qu'on trouve dans une affaire pénale. La Cour suprême reconnaît l'autorité absolue à la réponse à la question pénale et la refuse à la réponse à la question civile. Dans l'espèce, la Cour de cassation a confirmé un arrêt de la Cour de Montpellier annulant un commandement fait, en exécution d'un arrêt de Cour d'assises, à la personne déclarée civilement responsable, celle-ci n'ayant été ni citée ni représentée.

(15) Req., 4 mars 1929, S., 29. 1. 207.

à la chicane, d'autant plus grave qu'elle est tout en faveur des sociétés d'assurances, « plaideurs riches et processifs ». Le raisonnement déjà fait s'applique ici intégralement. Les sociétés d'assurances ne devraient pas avoir le droit, au mépris de la chose jugée, de contraindre la victime à poser une deuxième fois une question de droit principale déjà résolue.

Nous saisissons ici sur le vif l'avantage de l'autorité absolue. Son application permettrait, rien que dans les hypothèses précédentes, d'éviter de nombreux procès.

3° Contentieux des questions d'état.

Quand une action en revendication ou en contestation d'état aura réussi, c'est-à-dire quand le juge aura constaté que l'état attribué à une certaine personne n'est pas conforme au droit, nul ne pourra contraindre le gagnant à recommencer le même procès.

Inversement, si une action de ce genre échoue, nul ne pourra tenter de la faire réussir à nouveau dans les mêmes conditions. Les décisions de rejet doivent être placées sur un pied d'égalité avec les autres.

4° Contentieux de la légalité des actes juridiques.

Point n'est besoin, nous l'avons vu, de distinguer les actes subjectifs. Il y a toujours contentieux objectif.

L'acte étant reconnu accompli en violation de la loi, ou conforme aux exigences de celle-ci, tout le monde devra s'incliner devant cette constatation. Peu importe que la personne intéressée soit tiers ou partie au procès.

Ici encore, aucun traitement spécial ne doit être réservé aux décisions de rejet. Nous savons que, ce disant, nous nous plaçons en contradiction absolue avec toute la juris-

prudence du Conseil d'Etat (c'est en matière d'actes administratifs que la question prend toute son ampleur), ainsi qu'avec toute la doctrine publiciste. Comme la matière est importante, nous allons examiner les explications que MM. Duguit et Jèze donnent du caractère relatif de la chose jugée en cas de rejet, et tenter de montrer que ni l'une ni l'autre de ces explications ne peut être retenue ⁽¹⁶⁾.

A propos du contentieux de la légalité des actes-règles, Duguit écrit : « Si le juge refuse d'annuler l'acte-règle, celui-ci subsiste, bien entendu, tel quel. Mais rien n'empêche que l'annulation soit ensuite demandée par une personne autre ou pour un autre motif. Cela n'est nullement contraire au caractère objectif de la juridiction en pareille hypothèse. Il y a simplement une question de recevabilité de recours. » ⁽¹⁷⁾. Et, plus loin, à propos des actes-conditions : « La situation est supprimée, non pas seulement à l'égard de ceux qui étaient partie au procès, mais *erga omnes*. Il faut, cependant, toujours faire cette réserve que si le juge refuse de prononcer l'annulation de l'acte objectif, la demande d'annulation pourrait plus tard être formée par une autre personne ou en vertu d'un autre motif. Mais c'est là une question de recevabilité tout à fait étrangère à la

(16) Nous signalons que la théorie suivant laquelle un jugement de nullité d'acte juridique a une autorité absolue au cas de demande déclarée fondée et une nullité relative au cas de rejet, trouve son application dans des domaines tout différents du contentieux administratif. C'est ainsi que le jugement prononçant la nullité d'une société pour défaut de publicité des statuts a une autorité absolue. Mais le jugement qui rejette la même demande n'a qu'une autorité relative. Voir Pic, *Dalloz, Répertoire pratique*, v^o *Société*, n^o 744.

(17) Duguit, *Traité*, 3^e éd., t. II, p. 489.

Duguit parle d'annulation, ce qui est du domaine de la décision consécutive. Nous ne parlons, nous, que de constatation de violation de la règle. Nous savons que, pour Duguit, constatation et décision sont indissolublement liées. Mais nous parlons bien, comme Duguit, de l'acte juridictionnel, dont nous excluons seulement la décision.

portée que doit avoir le jugement en matière de contentieux objectif. » (18). Ainsi la position de Duguit est nette : le problème ne repose plus sur le fond du procès, mais sur la recevabilité. En quoi Duguit a raison, comme nous aurons l'occasion de l'étudier avec les voies de recours (révision et tierce opposition). Mais nous sommes obligé de nous séparer de lui quand il dit que la demande d'annulation pourra « être formée par une autre personne *ou* en vertu d'un autre motif ». Le *ou* alternatif montre bien qu'une personne nouvelle suffit pour ce que l'action soit recevable. Or nous sommes dans le cadre du contentieux objectif. Donc, pour Duguit lui-même, il y a autorité absolue de la chose jugée. Malgré notre désir de comprendre, nous ne parvenons pas à éluder la contradiction. En revanche, si nous prenons l'autre terme de l'alternative, c'est-à-dire le cas de « motif nouveau », nous pouvons admettre que Duguit, entre autres hypothèses, vise par cette expression ce que nous appellerons, au chapitre des voies de recours, « l'élément ou le fait nouveau ». Il y a alors un cas de révision ou de tierce opposition; nous sortons du cadre dans lequel joue la chose jugée. Mais qu'il y ait ou non personne nouvelle, il faut qu'un élément nouveau apparaisse pour que la seconde action soit déclarée recevable. L'élément personne n'intervient pas, *puisqu'il y a autorité absolue*. En somme, Duguit n'arrive à parler d'autorité relative à propos des cas de rejet qu'en déclarant recevable un procès qui, lorsqu'il y a seulement personne nouvelle, ne peut être qu'irrecevable.

Quant à M. Jèze, il applique ici sa théorie des « chances d'erreur ». « Considérons la constatation faite par le juge sur le recours pour excès de pouvoir. Elle n'a que l'autorité *relative* si le juge *écarte* le recours comme non fondé; au

(18) Duguit, *Traité*, 3^e éd., t. II, p. 490.

contraire, elle est absolue si le juge reconnaît le *grief fondé*, constate l'illégalité de l'acte critiqué. Dans le premier cas, il n'est pas certain qu'un autre requérant ne pourra pas faire la preuve de l'illégalité de l'acte. Au contraire, au cas où, devant le juge, on a fait la preuve certaine de l'illégalité, la constatation peut être tenue pour vraie *erga omnes*. D'autres requérants n'ajouteront rien à cette démonstration. On peut faire le même raisonnement ou un raisonnement analogue, en matière de conflit positif d'attributions, de jugements relatifs aux listes électorales, aux élections, de jugement de faillite, de questions d'état. » (19).

M. Jèze parle donc d'autorité relative. Son raisonnement ne nous paraît pas fondé. Les chances d'erreur ne sont pas plus grandes dans le cas de rejet que dans le cas d'annulation. Si le juge admet le recours cela signifie que, *dans les conditions du procès qu'on lui a présentées*, la loi a été violée. Cette réponse a une valeur absolue, et nous sommes, dans ce cas, d'accord avec MM. Duguit et Jèze et avec la jurisprudence. Mais la porte reste ouverte par laquelle on passera peut-être pour montrer que toutes les données du *problème réel* n'ont pas été vues. Et cela n'entame d'aucune manière l'autorité absolue, puisque, nous espérons le montrer au chapitre des voies de recours, l'autorité elle-même ne joue plus. Celle-ci ne se conçoit que sur des bases précises. Si ces bases viennent à manquer, s'il est prouvé qu'entre le concept-procès et la réalité il y a une marge, l'acte juridictionnel s'écroule, entraînant la chose jugée. Il est impossible de séparer cette matière de la question de la révision et de la tierce opposition.

Plaçons-nous maintenant dans le cas où le juge rejette

(19) Jèze, *Principes généraux de droit administratif*, 3^e éd., I, p. 88.

le pourvoi. Rien n'est changé à l'hypothèse précédente, si ce n'est que le juge répond « non » au lieu de « oui » à la question de violation de la règle. Cette réponse a, comme tout à l'heure, une valeur *erga omnes*. Mais, là encore, la porte reste ouverte par laquelle on se glissera peut-être pour montrer que toutes les conditions du problème n'ont pas été connues. Dans le cas précédent, un élément nouveau pouvait faire disparaître l'illégalité : ici, il pourra la faire apparaître. Dans l'un et l'autre cas l'autorité absolue de la chose jugée n'est nullement gênante. Elle s'impose comme partout ailleurs. La nécessité apparaît seulement un peu mieux d'organiser une procédure, ou des procédures, qui permettent d'établir quelle différence existe entre le concept-procès et la réalité. Les voies de recours dites communément extraordinaires répondent à ce besoin ⁽²⁰⁾.

(20) Nous avons relevé dans la thèse de Tournyol du Clos, soutenue il y a déjà vingt-cinq ans, les lignes suivantes :

« Les arrêts sur recours pour excès de pouvoir ont donc autorité absolue quand ils font droit aux conclusions du demandeur. En est-il de même des décisions qui repoussent la demande d'annulation? Laferrière assure que non, et il cite, comme conséquence de l'autorité relative des arrêts de rejet, une série de faits dont quelques-uns paraissent peu exacts et dont les autres peuvent s'interpréter différemment.

A priori ne sent-on pas, en effet, ce qu'une telle distinction a de bizarre et d'inélégant? La sphère d'autorité d'un jugement n'est-elle pas déterminée par la nature même du recours et peut-on admettre qu'elle dépende du succès de l'instance? Aussi peut-on conjecturer sans invraisemblance que si M. Duguit (*Etat, gouvernants, agents*, p. 537-8) et M. Jaquelin (*Principes dominants du contentieux administratif*, p. 234) omettent de mentionner cette solution en partie double, pourtant bien connue et pratiquement importante, c'est que, sans peut-être la juger distinctement inexacte, ils la sentent peu rationnelle et y répugnent.

Aussi n'hésitons-nous pas à abandonner la distinction classique, comme superficielle et arbitraire, ni à proclamer sans restriction l'autorité absolue des arrêts de rejet. Si cette solution paraît, au premier abord, peu conforme aux faits, c'est qu'on se méprend sur l'étendue de ce qui est jugé par de telles décisions. Ce n'est pas la régularité, ni la validité de l'acte attaqué que constate le dispositif de l'arrêt : il prononce brièvement « la requête est rejetée ». Par suite, il ne prouve *erga omnes* que cette seule chose, le mal-fondé de la demande, et ne met obstacle qu'à une seule chose,

Une remarque est nécessaire. Tout ce que nous avons dit au sujet de l'autorité des décisions de rejet n'est vrai que dans l'hypothèse où la demande a été rejetée comme *non fondée*. Mais il se peut que le rejet ait été la conséquence de l'*irrecevabilité de l'action*. La question devient alors toute différente. Telle personne n'a pas qualité, parce que manquant d'intérêt; telle autre personne, ayant intérêt, aura qualité. L'action intentée par la première ayant échoué, l'action intentée par la seconde réussira, bien qu'il n'y ait qu'une différence de personnes. Cette constatation a peut-être entraîné la solution proposée par Duguit, dont l'erreur, à notre sens, fut de confondre les deux questions de recevabilité et de fond. On peut d'ailleurs remarquer que, de ce point de vue, il n'est pas nécessaire qu'il y ait changement de personne. La même personne pourra, après un premier échec, renouveler sa tentative et réussir : il suffira qu'elle ait acquis qualité. Si nous revenons, enfin, à notre propre thèse, nous dirons qu'il est impossible de parler ici d'autorité relative ou absolue, parce qu'il est impossible d'y parler d'autorité de la chose jugée. En effet, les jugements sur la recevabilité, nous croyons l'avoir démontré, ne sont pas des actes juridictionnels.

Nous concluons donc qu'il nous est impossible d'accepter la thèse traditionnelle, selon laquelle les décisions de rejet en matière de contentieux de la légalité des actes juridiques n'ont qu'une autorité relative. *Il est interdit de porter*

la reproduction par qui que ce soit de la même demande appuyée sur les mêmes motifs.....

« Le rejet du recours ne fait point obstacle, dit-il (M. Laferrière), en » effet, à ce qu'une autre partie attaque le même acte pour la même cause, » si les délais du recours ne sont pas encore expirés à son égard. » C'est ce à quoi nous croyons, au contraire, que met obstacle, par une fin de non-recevoir d'ordre public, l'autorité absolue des arrêts de rejet. » (Tournyol du Clos, th. Paris, 1903. *Essai sur le recours pour excès de pouvoir.*)

devant le juge une question de droit principale déjà résolue, et cette interdiction est absolue, c'est-à-dire indifférente à la notion de personne et de parties au procès.

§ 2. — Contentieux subjectif.

L'entreprise est plus hardie qu'en matière de contentieux objectif de vouloir appliquer intégralement l'autorité absolue de la chose jugée au contentieux subjectif. Dans le cadre du contentieux objectif nous avons, pour nous soutenir, l'autorité absolue reconnue aux jugements criminels, aussi, et malgré de graves défaillances, aux questions d'état. Nous avons le recours pour excès de pouvoir, l'appui de MM. Jèze et Duguit. Ici, il ne nous faut compter sur aucune aide, tout au moins aide avouée.

Et, pourtant, tous les arguments déjà donnés peuvent être invoqués à nouveau. Nous considérons comme éliminé l'argument d'équité (voir plus haut) et nous ne voulons raisonner que sur les conséquences de la distinction des contentieux.

Un créancier obtient un jugement comme quoi son débiteur a violé la règle de droit en refusant de payer sa dette. Ce jugement ayant une valeur entre le créancier et le débiteur, ce que personne n'a jamais mis en doute, il est impossible de ne pas lui accorder la même valeur à l'égard des tiers au procès. Une *règle* exige que les situations juridiques subjectives soient respectées. Elle est la même pour tous et nous savons que, au cas de contentieux subjectif, c'est la violation de cette règle que constate l'acte juridictionnel. La violation d'une situation subjective ne peut donc être méconnue de personne.

Quand on étudie la question dans le détail, en s'évadant des idées que l'habitude impose, on s'aperçoit que le ca-

ractère *objectif* de la constatation de la violation de la règle a été, indistinctement il est vrai, aperçu depuis longtemps en matière de contentieux subjectif. On a commencé par déclarer *que les personnes représentées au procès* seraient traitées comme les parties. Le problème se déplaçait ainsi et devenait celui de la représentation. Tout le monde sait quelle extension cette notion a prise. Elle est devenue l'une des questions classiques des cours de droit civil. Les avis sont encore partagés sur de nombreux points et risquent fort, tant qu'on n'abandonnera pas le principe de l'autorité relative, de le rester.

Puis, la représentation s'est glissée dans le débat sous la robe du ministère public. On a toujours eu conscience que le ministère public représentait quelqu'un ou quelque chose : mais on n'a pas eu l'idée d'y voir la traduction du caractère objectif de la loi et des violations de la loi. Nous sommes en présence d'un de ces cas où l'intuition va directement à une solution claire, alors que l'analyse piétine. Cette idée de la représentation du corps social par le ministère public, c'est-à-dire de l'objectivité de la règle de droit et des violations de cette règle, a été parfois utilisée d'une manière symptomatique. Le législateur contemporain, imprégné de l'idée relativiste de la chose jugée, et conscient des multiples inconvénients qu'elle entraîne, en est arrivé à consacrer, par la lettre des textes, des cas d'autorité absolue. Mais il ordonne, pour cela, *l'intervention du ministère public* ⁽²¹⁾. Nous reconnaissons franchement qu'il l'a fait dans des hypothèses de contentieux objectif et non subjectif. Mais nous constatons néanmoins

(21) Voir notamment la législation sur la nullité des brevets d'invention (L. 5 juill. 1844, art. 37).

que l'action du ministère public est envisagée par le législateur comme ayant des conséquences sur la chose jugée. Nous constatons aussi que cette action peut se produire aussi bien en matière subjective qu'en matière objective, que l'organe du ministère public est juge de son intervention, que celle-ci a été prévue *de façon normale* par le législateur, et que ce législateur ne peut rien ajouter à cette intervention en la prévoyant à nouveau dans des cas précis. Tout cela signifie de façon évidente qu'on ne peut concevoir une règle de droit dont la violation soit indifférente, logiquement parlant, à un membre quelconque du corps social. La preuve en est qu'un organe spécial est là pour le représenter.

Un autre indice du caractère objectif de la violation de la règle de droit, même au cas de contentieux subjectif, est *le pourvoi dans l'intérêt de la loi*. Ce pourvoi fonctionne dans les deux cas de contentieux et de la même façon. On peut dire que le législateur a disséqué les deux questions superposées de la violation de la situation subjective, qui détermine le contentieux, et de la violation de la situation objective dissimulée derrière elle, qui réalise l'unité de nature dans les contentieux. Les parties ont agi en première, puis en seconde instance. Pour des raisons qui importent peu, elles décident de s'en tenir là. La loi ne prévoit pas qu'on puisse agir pour elles : la situation subjective violée, qui n'intéresse que les parties, est dès lors sacrifiée. Mais, derrière elle, il y a la situation objective, violée également, d'individu protégé quant aux situations subjectives. Or la règle qui commande le respect des situations subjectives intéresse tout le monde. S'il la croit violée, le procureur général près la Cour de cassation forme un pourvoi dans l'intérêt de la loi, et, ainsi, l'er-

reur de droit est redressée. Le fait seul que ce pourvoi puisse fonctionner dans les cas de contentieux subjectif comme dans les cas de contentieux objectif prouve que le législateur en est arrivé à organiser dans les deux cas, sur les mêmes bases, la sauvegarde des situations juridiques.

Toutes ces conclusions, d'ordres divers, nous permettent de maintenir notre conclusion sur l'autorité absolue. On peut conclure en disant qu'il faut considérer les deux catégories de contentieux comme formant un ensemble, véritable chaîne ininterrompue, dont les mailles vont se rétrécissant à mesure que *l'intérêt* s'attache à un groupe de personnes de plus en plus restreint. La dernière de ces mailles est le contentieux subjectif. L'intérêt est alors aussi limité qu'on peut le concevoir, puisqu'il n'existe qu'en fonction d'individus strictement et nommément désignés. Dans cette chaîne, il faut faire entrer les questions de violations de toutes les situations objectives. Celles-ci deviennent de plus en plus concrètes (au sens que M. Merkl donne à ce mot dans sa théorie normativiste de la formation du droit par degrés). Depuis la situation objective créée par l'acte-règle le plus vaste qu'on puisse concevoir, par exemple la règle qui défend de tuer, jusqu'à la situation objective créée par l'acte-règle qu'est un acte de société, et en passant par tous les règlements de plus en plus étroits, on ne peut trouver aucune différence de nature. On ne peut trouver que des intérêts qui s'attachent à des personnes de moins en moins nombreuses (22). L'acte subjectif apparaît ainsi comme « la limite » de l'acte-règle.

(22) Esmein émet l'idée « qu'il fut un temps, aux origines de la justice à Rome, où la chose jugée... avait une force, non pas relative, mais absolue et pouvait être invoquée, non seulement par les parties en cause, mais aussi par toute personne qui y avait intérêt. » (*Effet relatif de la chose jugée*, *Mélanges Gérardin*, p. 239.)

L'intérêt ne saurait être plus restreint; il s'attache à des individus désignés de façon tellement stricte que l'interchangeabilité des personnes, qui devient de plus en plus difficile à mesure que l'acte-règle se resserre, n'est plus possible. Rien n'autorise à penser que la nature de la violation d'une situation juridique « limite » soit différente de celle de la violation des autres situations juridiques. Une courbe mathématique coupe une certaine droite en un point A : ce point est le seul qui réponde à la solution cherchée de l'intersection de la courbe et de la droite. A ce titre, il a une place à part. Mais il n'en obéit pas moins, pour cela, à l'équation de la courbe tout entière. Il en est exactement de même dans l'hypothèse du contentieux subjectif : *ce contentieux a certains caractères qui ne sont qu'à lui (nous les avons longuement analysés), mais il obéit aussi à la loi des contentieux en général et cette loi demande l'autorité absolue de la chose jugée.*

Il est inutile de rechercher dans la doctrine ou la jurisprudence des exemples d'autorité absolue en matière de contentieux subjectif. Sur ce terrain nous n'avons que des adversaires. Duguit a cru pouvoir faire reposer l'autorité relative sur le contentieux subjectif et il est certainement, avec M. Jèze, l'auteur qui se soit le plus rapproché de l'autorité absolue. Quant à la jurisprudence elle consacre sans défaillance l'autorité relative.

Nous promettions, au début de cette section, de faire application pratique à différents cas des deux contentieux de la règle de l'autorité absolue. Cela fut aisé pour le contentieux objectif. Des résultats précis, dans des cas concrets, en résultaient. Pour le contentieux subjectif, et un peu malgré nous, cette application pratique a repris la tournure d'un exposé théorique. Cela n'est guère sur-

prenant. Aucune aide ne peut être tirée de la jurisprudence. Toutes les espèces que nous y puiserions ne feraient qu'illustrer la volonté de la jurisprudence de tourner l'autorité relative par tel ou tel procédé, par exemple au moyen de la représentation. Car c'est l'ironie du sort de l'autorité relative que souvent on ne parle d'elle que pour la violer.

Mieux vaut donc affirmer le principe de l'autorité absolue, et se dire que soit en matière contractuelle, soit en matière quasi contractuelle, d'une façon plus générale encore en matière de situation subjective, toutes les fois qu'une constatation de violation de la règle aura été faite par le juge, cette constatation pourra être invoquée par n'importe qui et contre n'importe qui. Une seule condition est nécessaire : elle est définie par la notion d'intérêt.

TITRE II

L'AUTORITÉ DES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE LA QUESTION DE DROIT PRINCIPALE

Solutions abstraites, solutions concrètes
et actes juridictionnels préalables

CHAPITRE PREMIER

LES EFFETS INDIRECTS DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE

Nous considérons comme acquis que la solution de la question de droit principale est le seul élément qui, par sa nature, mérite l'autorité de la chose jugée. Tous les éléments nécessaires à son élaboration ne sont d'ordinaire que solutions données à des questions de droit abstraites et concrètes et ne présentent aucun caractère spécifique du point de vue juridictionnel. Pour réaliser un acte législatif ou administratif, il faut résoudre des quantités de questions de droit identiques. Il est donc impossible de leur attribuer, *en raison de leur nature propre*, l'autorité de la chose jugée.

Mais nous avons dit qu'elles pourraient peut-être, dans une

certaine mesure, bénéficier de l'autorité conférée à la solution de la question de droit principale. Cela se conçoit aisément puisque cette question principale n'est qu'une sorte de résumé, de synthèse des autres solutions de questions de droit. Il est naturel de considérer la question principale comme *supportée* par les questions abstraites ou concrètes. Si, pour des raisons spéciales, on est contraint d'accorder une autorité particulière, l'autorité de la chose jugée, à la solution de la question de droit principale, on aura une *tendance* à étendre aux solutions de questions de droit qui en sont le support cette même autorité.

Ce raisonnement logique paraît solide. Nous devons dire bien vite qu'il ne trouvera dans la jurisprudence et dans la doctrine qu'une confirmation partielle. Ne discernant pas la répartition en catégories (les catégories de solutions de questions de droit) des éléments constitutifs de l'acte juridictionnel, les tribunaux en sont arrivés à créer des divisions injustifiées, à poser notamment la notion de « motifs faisant corps avec le dispositif ». Il est bien difficile de dire ce qu'il faut entendre par là. Les difficultés ont été entrevues mais non résolues.

Si nous mettons à part la question de droit principale, qui a fait l'objet du titre précédent, les solutions de questions de droit se répartissent en deux catégories : les solutions abstraites et les solutions concrètes. Les unes et les autres sont nécessaires pour arriver à former une question principale. Les unes et les autres sont les supports de la question dont la solution aura l'autorité de la chose jugée. *Aucune n'a un rôle prépondérant.* Donc, s'il paraît naturel de faire bénéficier les unes de l'autorité de la chose jugée, il est naturel, en logique tout au moins, d'en faire bénéficier les autres. *A priori nous ne saurions faire de préfé-*

rences. L'étude que nous allons poursuivre montrera combien les différentes législations ont pu, sur ce point, varier. Nous ne voulions arriver, pour l'instant, qu'à un seul résultat. Le problème de l'attribution de l'autorité de la chose jugée appliquée aux différents éléments de la question de droit principale, doit être posé aussi bien au sujet des questions de droit abstraites qu'au sujet des questions concrètes, et inversement.

Il arrive encore, nous l'avons vu, que la question principale nécessite un acte juridictionnel préalable et accessoire (par exemple dans le cas de la légalité des règlements administratifs). Cet acte juridictionnel préalable apporte sa pierre, comme les questions abstraites et concrètes, à l'édifice de la question principale. Dès lors, ne doit-il pas jouir, lui aussi, de ce que nous avons déjà appelé un « reflet » de l'autorité de la chose jugée ? Et comme il est, de sa nature même, acte juridictionnel, *ne possède-t-il pas un double titre à l'acquisition de cette autorité ?* Voilà un problème intéressant que nous résoudrons à sa place.

§ 1. — Pourquoi on doit parler des effets indirects de l'autorité de la chose jugée.

Les pages qui suivent traitent indifféremment des solutions de questions abstraites, concrètes, et des actes juridictionnels préalables. Toutefois, nous parlerons plus volontiers des solutions de questions concrètes. Notre droit français, en effet, est accoutumé à traiter de la chose jugée à leur propos. Ce n'est qu'en droit étranger (anglais et américain) que nous verrons le problème, *identique dans tous les cas*, se poser vraiment à propos des deux autres catégories d'éléments. Il nous paraît commode de choisir nos exemples dans les solutions concrètes.

Nous désirons montrer ici qu'on ne devrait pas, si l'on voulait n'user que de termes soigneusement définis, parler d'autorité de la chose jugée au sujet des éléments constitutifs de la question principale. Pour ce faire, il suffit de rappeler les conclusions de notre analyse de l'acte juridictionnel. Les solutions des questions abstraites et concrètes ne présentent, nous le savons, aucun caractère spécifiquement juridictionnel; on les retrouve identiques dans les actes de la fonction d'exécution. Agents d'exécution et agents juridictionnels doivent, avant toute chose, interpréter la loi. Cela constitue les solutions abstraites. Que ce soit pour exécuter cette loi ou pour en constater les violations, rien n'est changé à la nature de pareilles solutions. D'autre part, agents d'exécution et agents juridictionnels ne remplissent la fonction à eux attribuée (dans un cas exécution de la loi, dans l'autre constatation de sa violation) que si un certain nombre de faits sont considérés comme démontrés au regard du droit. Etablir l'existence juridique de ces faits est l'objet des questions concrètes. On doit constater que, dans l'élaboration d'un acte juridictionnel, les conditions que la loi exige pour l'établissement juridique d'un fait sont beaucoup plus étroites et minutieuses que dans le cadre exécution. Mais cette remarque ne fait qu'introduire des différences formelles, indépendantes des questions qui nous occupent et de leur nature propre. Cette nature est la même dans les deux cas envisagés.

Il ne suffit donc pas que les solutions de questions soient concrètes ou abstraites pour mériter une autorité spéciale. Cette autorité, *peut-être* l'obtiendront-elles en entrant dans l'acte juridictionnel à qui, en raison de sa nature (constatation de violation de la règle), il a paru nécessaire, afin de lui assurer une grande stabilité, d'accorder quelques

prérogatives anormales. Il est ainsi démontré que, à propos des solutions de questions abstraites et concrètes, on ne peut parler de l'autorité de la chose jugée sans faire certaines réserves. Et c'est pourquoi nous avons adopté une terminologie qui pût supprimer toute confusion. Les *effets directs* de l'autorité de la chose jugée ne peuvent s'appliquer qu'à la solution principale, et les *effets indirects* s'appliqueront aux autres solutions de droit, constitutives de la question principale.

Supposons qu'un procès criminel ait conduit, comme réponse à l'une des questions concrètes, à affirmer que tel individu a volontairement donné la mort. Un procès civil se branche sur le procès criminel. Personne n'hésitera à dire : « Il est constant qu'un tel a volontairement donné la mort. L'autorité de la chose jugée s'applique et nous interdit de revenir sur la question du meurtre. » Cette affirmation n'est pas entièrement condamnable : mais on ne peut l'approuver sans réserve. La question de droit principale était : la règle qui défend de tuer a-t-elle été violée ? Réponse : oui. C'est cette réponse que l'autorité de la chose jugée interdit de remettre en question : et c'est le seul effet *direct* qu'elle puisse avoir. Cette réponse, ensuite, repose sur des solutions données à des questions abstraites et concrètes, notamment sur la solution donnée à la question concrète du fait meurtre. Si nous voulons tenir pour constant, sans nouvel examen possible, le fait meurtre, il faut dire : c'est un effet indirect de l'autorité de la chose jugée.

Supposons maintenant qu'un procès correctionnel pose, parmi les questions concrètes, celle de l'existence ou de l'inexistence d'un contrat de droit civil. Si un procès civil vient se greffer sur ce procès correctionnel, personne n'hésitera à dire : « l'autorité de la chose jugée nous permet de

considérer le contrat comme existant ou inexistant » (1). Il y a là une confusion identique à celle que nous montrions tout à l'heure. La question de droit principale posait un problème de violation de la règle : pour être résolue, cette question supposait la solution préalable de questions concrètes et abstraites, par exemple de la question concrète du fait contrat. Si, cette question tranchée, nous pouvons la tenir pour constante, nous devons y voir, non pas un effet direct, mais un effet indirect de l'autorité de la chose jugée. L'autorité de la chose jugée s'appliquait à la solution de la question de violation de la loi : elle ne peut pas s'appliquer à la solution de la question concrète de l'existence du contrat. Toutefois, comme cette solution est un des supports de la question principale, elle en reçoit une valeur particulière.

Nous avons raisonné sur des cas choisis dans le contentieux de la répression. En effet, notre jurisprudence française ne reconnaît l'autorité absolue qu'aux jugements d'ordre pénal. Mais, pour nous qui admettons, ou plutôt qui pensons avoir montré que l'autorité ne peut qu'être absolue dans tous les cas, le même raisonnement se répéterait identique avec des exemples pris dans les contentieux civil, criminel ou administratif.

Se plaçant à un point de vue pratique, on pourrait être tenté de dire qu'il importe assez peu que l'on soit en présence des effets directs de l'autorité de la chose jugée ou

(1) Voir Cass. req., 5 avril 1909, Cognon c. Levauchy, D. 09. 1. 34, S., 09. 1. 310. « ...L'action civile en garantie... doit être écartée par l'autorité de la chose jugée, si, étant fondée..., cette action tend à remettre en question l'existence, déniée par le juge correctionnel, d'un contrat mettant à la charge de l'entrepreneur le bon fonctionnement de l'appareil, et contredit ainsi formellement les faits constatés par le jugement de relaxe. »

des effets indirects de cette autorité. L'essentiel est que tel résultat d'un procès puisse être considéré comme acquis. En réalité, il n'en est rien. Cette distinction est, croyons-nous, capitale : pour ne l'avoir pas faite on a mélangé les questions les plus diverses. Nous essaierons de montrer qu'elle aurait peut-être suffi à éviter l'emploi abusif que jurisprudence et doctrine ont fait de l'article 1351 du Code civil, ainsi qu'à les détourner d'une interprétation de ce texte que la lettre n'autorise pas évidemment.

En résumé, une distinction entre les effets directs et les effets indirects de l'autorité de la chose jugée est nécessaire. *Elle découle de la différence d'objet* : les effets directs s'appliquent à la solution de la question principale, les effets indirects aux solutions des questions qui en sont les supports. Mais nous allons voir qu'il est une autre différence. Si les effets directs de l'autorité de la chose jugée ont un certain aspect positif, ils apparaissent comme originellement négatifs. Au contraire les effets indirects sont essentiellement positifs.

§ 2. — Les effets indirects de l'autorité de la chose jugée sont essentiellement positifs.

Il y a longtemps qu'on parle de l'autorité positive de la chose jugée. Nous croyons pouvoir dire qu'on s'en fait une idée bien vague.

Partons de l'idée initiale. L'autorité de la chose jugée apparaît comme négative. Elle interdit à quiconque de remettre en question un acte juridictionnel déjà rendu. Mais cette interdiction, purement négative, a d'un certain point de vue un effet positif, parce que tout élément négatif se solde quelque part par un élément positif. Cet effet positif, nous le savons, est de donner la possibilité d'utiliser contre

quiconque la réponse faite à la question de violation de la règle, ce qui n'est autre chose qu'utiliser l'impossibilité négative d'être contraint à reposer **une question** déjà résolue. *Jusqu'à présent, nous voyons donc les effets positifs et négatifs de l'autorité, et il ne s'agit que de la réponse faite à la question de violation de la règle.*

Passons maintenant aux solutions de questions de droit concrètes et abstraites. L'autorité ne peut plus avoir que des effets indirects. Elle aura des effets parce qu'il est naturel d'étendre aux supports, aux éléments constitutifs de la question principale l'autorité que possède la solution de celle-ci, parce qu'il est naturel, lorsqu'on affirme que la proposition suivante : « la loi a été violée dans telle hypothèse », est désormais inattaquable, d'affirmer que l'existence des faits constitutifs de l'hypothèse est elle-même inattaquable. Dès lors, il ne s'agit plus *d'interdire* quelque chose, mais *d'autoriser*, sur la base de cette interdiction, à *tenir pour acquises* certaines réponses à des questions de droit concrètes ou abstraites. Un pareil effet est certainement *positif*. L'acte juridictionnel étant un tout inviolable, nous donnons à ses éléments constitutifs une stabilité tirée tout entière du fait qu'ils sont éléments de ce tout, mais qui pourra avoir pour effet, chacun des éléments étant utilisés isolément, de leur faire produire des conséquences propres. Un tel résultat est positif. Car, pour des raisons que l'on peut un instant négliger, on *affirme*, par exemple si l'on se place dans l'hypothèse d'une solution de question concrète, qu'un certain fait doit être tenu pour constant.

Ainsi, l'autorité de la chose jugée en arrive à produire, au sujet des éléments constitutifs de l'acte juridictionnel, des effets positifs.

Mais il serait erroné de croire que l'autorité de la chose jugée, quant à ses effets indirects, est exclusivement positive. En effet, astreignant à considérer comme définitives les solutions de certaines questions éléments de la question principale (ce qui est positif), elle interdira de reposer les mêmes questions (ce qui est négatif).

Il n'en reste pas moins que, à cet égard, l'autorité de la solution principale et l'autorité des éléments constitutifs de la question principale doivent être opposées. L'autorité de la chose jugée apparaît d'abord comme une *interdiction* et c'est pourquoi l'autorité de la solution principale est négative. Sur la base de cette interdiction, d'autre part, on peut considérer comme acquises certaines solutions de droit. C'est pourquoi l'autorité des éléments constitutifs de la question principale, des solutions concrètes notamment, est avant tout positive.

§ 3. — L'autorité des éléments constitutifs de la question principale a une portée absolue.

Il est presque superflu de démontrer que l'autorité des éléments constitutifs de la question principale a une portée absolue. Car on ne conçoit pas comment une solution de question abstraite ou concrète pourrait s'imposer aux parties du procès à l'exclusion des tiers. Deux raisons peuvent en être données.

La première, et la meilleure, celle du moins qui s'impose avec le plus de force, est la suivante. Les solutions des questions de droit abstraites et concrètes n'ont pas autorité par elles-mêmes, mais par « reflet » de l'autorité de la solution de la question principale. Or l'autorité de cette solution principale est absolue : elle ne peut changer

de nature parce qu'elle rejaillit sur un autre objet. L'autorité des solutions abstraites et concrètes est également absolue.

La deuxième raison consiste en ce que le raisonnement qui nous a conduit à l'autorité absolue pour les solutions principales peut être refait pour les solutions abstraites et concrètes. Pour les questions abstraites, d'abord, rien ne peut être plus objectif que la règle elle-même, et il est inadmissible, en théorie tout au moins, que la loi puisse être interprétée d'une façon pour certains et d'une façon différente pour d'autres. On peut dire que le grand principe de l'égalité devant la loi est ici en jeu. Ce principe exige certainement que, des individus ayant été soumis à une certaine interprétation de la loi, d'autres individus ne puissent pas bénéficier ou pâtir d'une interprétation différente. Les conceptions juridiques anglaises, souvent, n'ont point reculé devant les conséquences de ce raisonnement logique. Les conceptions françaises, plus souples, les ont toujours rejetées.

Si nous prenons maintenant les questions concrètes, nous voyons encore que leurs solutions doivent avoir une valeur *erga omnes*. Nous avons toujours eu grand soin de dire qu'un fait était établi ou non *au regard du droit*. Un fait juridique ou matériel ne peut avoir eu lieu pour certains individus et ne pas avoir eu lieu pour d'autres. Les procédés de preuve prévus par la loi ayant été respectés, les règles, si imprécises qu'elles soient, relatives à l'établissement des faits de toute catégorie ayant été vêtues, le fait n'est pas établi au regard de telle ou telle personne, mais au regard du droit lui-même. La règle donne à l'existence juridique de ce fait toute sa valeur objective.

L'autorité des éléments constitutifs de la question prin-

principale est donc absolue, comme l'autorité de la solution de cette question. Au fond, *le problème à résoudre n'est pas de savoir si la portée des effets indirects de la chose jugée est absolue ou relative, mais bien de savoir si cette autorité doit être accordée ou non*. On peut avoir des raisons de refuser cette autorité à certaines solutions de droit (c'est ce que fait le droit français), on n'a pas une seule raison logique de vouloir que cette autorité, une fois accordée, soit relative.

Les effets indirects de l'autorité, c'est-à-dire l'autorité des éléments constitutifs de la question principale, valent *erga omnes*, parce que le caractère objectif de la règle est supérieur au législateur. Mais s'il ne peut rien sur la portée de cette autorité, le législateur peut tout sur son attribution. Il utilise ce pouvoir par le moyen *des conditions formelles*.

§ 4. — Les conditions formelles de l'attribution aux éléments constitutifs de la question principale des effets indirects de l'autorité de la chose jugée.

Nous avons dit, au début des pages consacrées aux effets indirects de la chose jugée, qu'il était naturel d'étendre aux supports, aux éléments constitutifs de la question principale, l'autorité qui s'attache à la solution de cette question. Nous n'avons pas dit que cela fût nécessaire. Il est hors de doute que la fonction juridictionnelle n'aura d'utilité sociale que si on ne peut reposer deux fois de suite la même question principale. La vie en société, si l'on tient à ce qu'elle soit organisée, ne peut accepter que la solution donnée à cette question de droit principale

n'ait pas l'autorité de la chose jugée. Sur ce point, il est impossible de ne pas donner pleine satisfaction au besoin de stabilité. Et c'est pourquoi nous pensons que le législateur, s'il n'attribuait pas à la solution de la question principale l'autorité de la chose jugée, s'il permettait qu'un même conflit pût faire l'objet de procès successifs, manquerait à sa tâche d'organisateur. Nous ne croyons pas trop hardi d'affirmer que le législateur, dont la tâche n'est pas de *créer* mais de *dire* la règle de droit, trahirait cette règle s'il n'attribuait pas à l'élément spécifique de l'acte juridictionnel, c'est-à-dire à la solution principale, l'autorité de la chose jugée. L'autorité de cette solution est, en quelque sorte, indépendante de sa volonté. Et les nécessités pratiques de la vie de société ne nous imposeraient-elles pas cette conclusion, que les bases mêmes de notre étude ne nous permettraient pas d'y échapper. Nous avons, en effet, résolu de découvrir la nature spécifique de l'acte juridictionnel : nous avons décidé, c'est l'un des postulats de notre thèse, d'accorder leur place, non pas exclusive, aux classifications matérielles. Nous ne pouvons donc attribuer *au législateur* toute puissance de conférer l'autorité de la chose jugée sans trahir l'esprit de notre travail, sans retirer aux distinctions matérielles le rôle que nous voulions leur concéder d'abord. Nous devons, dans la mesure où il a une nature propre, attribuer l'autorité de la chose jugée à l'acte juridictionnel, et, ceci, indépendamment de la volonté du législateur.

Mais le problème est tout autre lorsqu'on passe aux éléments constitutifs de la question principale. Le point de vue matériel, nous l'avons dit souvent, ne peut nous imposer de traiter ces éléments avec la même faveur que la solution principale. Reste l'utilité sociale. Un besoin de

stabilité apparaît encore. Toutefois, s'il ne peut être négligé, il est à coup sûr beaucoup moins impérieux que pour la solution principale. Il peut y avoir grand intérêt à ce que des solutions concrètes, et même abstraites, s'imposent définitivement à tous. Mais si le contraire est admis, on ne verra pas la fonction juridictionnelle, qui, certes, aura moins de prestige, perdre toute utilité, ainsi que dans l'hypothèse précédente. On conçoit que, suivant les pays, les époques, les organisations étatiques, des solutions diverses soient données au problème de l'autorité des éléments constitutifs de la question principale. On cède volontiers à la tentation de faire bénéficier les éléments de la question principale de l'autorité que recevra sa solution, mais on peut, suivant le moment ou la mentalité juridique d'un peuple, lui céder plus ou moins.

Quel peut être le moyen d'accorder à des éléments qui, par nature, n'ont pas droit à l'autorité de la chose jugée, un reflet de cette autorité ? Qui peut, ensuite, procéder à cette attribution ? Nous ne voyons que le législateur qui soit capable de détenir un pareil pouvoir. Cette autorité, conférée par le législateur à certaines solutions de droit, ne sera pas liée à la nature interne de ces solutions; elle aura une origine purement *formelle*. Et comme le législateur ne pourra désigner les actes auxquels il entend conférer l'autorité qu'au moyen de particularités externes (procédure suivie, formes de toute nature), n'auront l'autorité que les actes possédant certains caractères qui seront, eux aussi, purement formels. Si les solutions de questions abstraites et concrètes se voient assorties des effets indirects de l'autorité de la chose jugée, ce sera uniquement parce que le législateur l'aura voulu, et parce qu'elles auront satisfait aux *conditions* prévues par

lui. Le problème de l'autorité des éléments constitutifs de la question principale se résout donc en la détermination d'un certain nombre de conditions formelles, qu'il faut distinguer avec soin du critère formel de l'acte juridictionnel (2).

Si, dans un tel domaine, on ne voit que le législateur qui soit capable d'agir, il faut dire, aussi, qu'on ne voit pas, *a priori*, quelle limite son pouvoir pourrait subir. Il semble logique d'affirmer qu'il n'en connaît pas. Ainsi nous sommes ramené à ces lignes de M. Jèze : « C'est le législateur qui décide *discrétionnairement* que, dans tel cas, la constatation faite par tel individu aura force de vérité légale. Il dépend donc *exclusivement* du législateur que telle constatation soit ou non un acte juridictionnel. » Ces lignes contiennent, selon nous, une première erreur, en ce qu'elles veulent faire déterminer l'acte juridictionnel par l'autorité de la chose jugée. C'est l'inverse qu'il faut faire. Elles contiennent une seconde erreur en ce qu'elles attribuent au législateur pouvoir de conférer l'*autorité* de la chose jugée. Mais on peut les appliquer sans réserve, y compris les mots « *exclusivement* » et « *discrétionnairement* » *aux effets indirects de l'autorité*, ou, si l'on veut, à l'autorité des solutions concrètes et abstraites. Il est vrai que, pour M. Jèze, l'objet de l'acte juridictionnel est, souvent tout au moins, ce que nous croyons être l'objet d'une question concrète. Au total, nous résumerons ainsi le débat : à notre sens, M. Jèze a parfaitement vu que le législateur possède le pouvoir d'attribuer une certaine autorité à certains éléments, mais il s'est mépris sur cette autorité et sur la

(2) Voir p. 221 et suiv. et p. 236.

nature de ces éléments. Il a parlé d'autorité de la chose jugée sans distinguer les effets directs et les effets indirects, distinction essentielle, et il a parlé, ensuite, d'acte juridictionnel où il n'y a que solutions de questions concrètes.

Le problème reste le même pour les actes juridictionnels préalables qu'on voit apparaître parfois parmi les éléments constitutifs de l'acte juridictionnel. Il se complique seulement du caractère proprement juridictionnel de ces éléments. Il faut noter que la question des conditions formelles posées par le législateur devra intervenir à leur propos.

Quelles sont les conditions formelles auxquelles le législateur subordonne l'attribution des effets indirects de l'autorité de la chose jugée ? Voilà une question que, sans le savoir, on discute depuis bien longtemps, et qu'on a de grandes chances de discuter toujours. Le législateur devrait intervenir, indiquer de façon précise à quel signe formel on pourra reconnaître que telle solution concrète, telle solution abstraite est investie des effets indirects de l'autorité.

Il est nécessaire de bien montrer que nous sommes au cœur de ce que l'on croit être, d'ordinaire, le problème de la chose jugée. Négligeons les solutions abstraites; elles n'ont, en droit français, aucune part des effets indirects de l'autorité. Puisque l'on confond, bien à tort, l'acte juridictionnel avec l'une des solutions concrètes nécessaires à sa formation, on comprend sans peine que se demander si telle ou telle constatation concrète doit avoir l'autorité de chose jugée revient à chercher si les con-

ditions formelles supposées exigées par le législateur sont remplies. On n'envisage pas la question sous son angle formel, et ceci faute d'analyse⁽³⁾. Mais elle doit être étudiée ainsi.

Elle est devenue célèbre pour deux catégories d'actes juridictionnels : les jugements disciplinaires et les sentences arbitrales. On a été jusqu'à douter de leur caractère juridictionnel. Pourtant, ils répondent aux critères matériel et formel. Le jugement disciplinaire tranche une question de violation de la loi, et il est rendu par un organe distinct du supérieur hiérarchique. Quant à la sentence arbitrale, elle nous montre une hypothèse où les parties, ayant choisi leurs juges, sont assurées de ne pas avoir affaire à un agent investi du pouvoir de commander⁽⁴⁾. Nous devons donc affirmer que ces actes possèdent l'autorité négative de la chose jugée. Personne, au surplus, ne la leur refuse. Celle-ci interdit uniquement de poser à nouveau la même question principale, et personne ne songerait à solliciter une seconde comparution devant tout autre tribunal disciplinaire (réserve faite des voies de recours) ni ne se risquerait, sans danger de perdre son procès, à provoquer un nouvel arbitrage. Mais la question devient insoluble quand on passe aux solutions concrètes et à l'autorité de ces solutions.

Lacoste écrit que le juge disciplinaire « ne connaissant qu'accidentellement des faits délictueux, et n'en faisant pas l'examen de la manière approfondie et avec les garan-

(3) Il faut mettre à part certains auteurs, comme MM. Carré de Malberg et Jèze. L'un et l'autre, le premier surtout, ont cherché la solution du problème qui nous occupe sur le terrain du point de vue formel. Mais ils ne parlaient que de l'acte juridictionnel, alors que nous croyons indispensable de distinguer avec soin les nombreux éléments qui le constituent.

(4) Voir. p. 228.

ties que comporte la procédure », ne peut « lier un autre juge ». ⁽⁵⁾. Ceci revient à dire que l'auteur estime les conditions formelles remplies par le procès disciplinaire insuffisantes pour conférer autorité aux solutions concrètes. Nous croyons qu'entre certaines procédures disciplinaires et la procédure pénale il n'y a que des différences insaisissables. Mais rien ne permet d'affirmer que les effets indirects de l'autorité s'appliquent. Il faudrait, pour cela, connaître les conditions formelles posées par le législateur, et il ne les a formulées nulle part.

Le problème est beaucoup plus simple pour les jugements arbitraux. Ici, les garanties formelles sont très réduites. Il est impossible d'attribuer l'autorité aux solutions concrètes. Au surplus, par une chance bien rare, nous avons un texte, l'article 1022 du Code de procédure civile : « Les jugements arbitraux ne pourront, en aucun cas, être opposés à des tiers. » Pour nous, qui pensons que toute autorité est absolue, cela signifie évidemment que le législateur a entendu ne pas attribuer l'autorité à des constatations concrètes faites en l'absence de précautions formelles suffisantes.

Ne pouvant dire à quelles conditions formelles le législateur a entendu rattacher l'autorité des éléments constitutifs de la question principale, nous tâcherons d'indiquer, pour chacun de ces éléments, dans quel domaine il doit les chercher. Nous verrons d'ailleurs au chapitre suivant que la jurisprudence française s'est livrée, sans le savoir, à cette recherche, se cantonnant sur le terrain des solutions concrètes. Mais il est une condition qui mérite une place à part et que nous étudions dès maintenant.

(5) Voir Lacoste, n^{os} 25 et 335.

Pour que l'autorité des éléments constitutifs de la question principale puisse jouer, il est indispensable que l'acte juridictionnel soit motivé. Sauf de très rares exceptions, limitativement prévues par la loi, tout acte juridictionnel doit être motivé, et l'insuffisance de motifs constitue un cas de cassation. Cette règle fort judicieuse de notre droit est la traduction de la condition formelle essentielle. Il y a des actes juridictionnels sans motifs (arrêts de nos anciens parlements), ou partiellement motivés (arrêt de Cour d'assises), mais il ne peut pas y avoir d'autorité des éléments de la question principale sans motifs. Cela explique pourquoi nous n'avons pas incorporé la nécessité du motif dans le critère de l'acte juridictionnel.

Avant d'accepter que l'autorité de la chose jugée puisse s'attacher à des solutions de droit, le moins qu'on doive demander est que ces solutions soient exprimées. Les motifs doivent donc contenir la traduction de toutes les solutions nécessaires à la formation de la question principale. En général les solutions abstraites ne seront pas formulées. Les solutions concrètes revêtiront souvent la forme classique : il est constant que... (sous-entendu au regard du droit.) La théorie des effets indirects de la chose jugée nous conduit à insister sur le soin que le juge devrait apporter à la rédaction des motifs. L'étude des voies de recours nous permettra de répéter la même conclusion.

Nous saisissons alors quelle erreur l'on commet en affirmant dogmatiquement, comme le veut un des grands principes de la doctrine et de la jurisprudence, que la chose jugée ne s'applique qu'au dispositif. Et si nous rappelons que le dispositif ne contient le plus souvent que la décision consécutive, qu'alors il n'est plus possible de parler à son sujet de chose jugée, si nous rappelons que la

réponse à la question principale, implicite ou formulée, est en réalité contenue dans les motifs, que toutes les solutions abstraites et concrètes sont encore dans les motifs, on voit que ceux-ci jouent, du point de vue de l'autorité de la chose jugée, un rôle auprès duquel celui du dispositif apparaît bien modeste. Il nous faudra l'étude des voies de recours et de la question de recevabilité consécutive à l'exception de chose jugée pour saisir toute l'ampleur de l'erreur condensée dans les formules classiques relativement aux motifs et à la chose jugée.

Il nous fait maintenant reprendre en détails le problème de l'autorité des éléments constitutifs de la question de droit principale, solutions abstraites, solutions concrètes, actes juridictionnels préalables. Nous pouvons, croyons-nous, parler de l'« autorité de ces éléments » sans risque de confusion, ayant précisé de notre mieux quelle différence essentielle il y a entre les effets directs et les effets indirects de l'autorité de la chose jugée.

CHAPITRE II

L'AUTORITE DES DIFFERENTS ELEMENTS CONSTITUTIFS DE LA QUESTION PRINCIPALE

SECTION PREMIERE

L'AUTORITÉ DES SOLUTIONS ABSTRAITES. LE PRÉCÉDENT JUDICIAIRE

Une question de droit abstraite est une question posée sur l'interprétation des règles de droit. Peu importe la forme apparente de cette règle, écrite ou coutumière. L'interprétation en est abstraite comme la règle elle-même et l'introduction du facteur « individu désigné » n'a ici aucun sens. Rappelons que des questions de droit abstraites se posent à plusieurs reprises au cours de l'élaboration d'un acte juridictionnel. Elles se posent, d'abord, pour l'interprétation des règles relatives aux preuves. Nous avons dit que l'opération de la pensée est, dans beaucoup de cas, réduite à sa plus simple expression, mais qu'il lui arrive d'être très compliquée. Cette première interprétation de la règle permet, en « qualifiant » des moyens de preuves, d'arriver à démontrer que certains faits ont une existence établie au regard du droit.

Les questions abstraites apparaissent à nouveau quand il s'agit de placer, en présence des solutions de questions

concrètes, la règle dont on va dire si elle a été violée. Nous avons montré qu'on plaçait face à face ce qui, au regard du droit, est, et ce qui, au regard du droit, doit être. Les solutions abstraites utilisées dans l'opération précédente n'avaient trait qu'aux moyens de preuves; celles-ci se rapportent à toutes les règles, quelles qu'elles soient.

Revenons maintenant aux effets indirects de l'autorité de la chose jugée. Il est naturel de n'accorder un caractère intangible à la solution de la question principale que si tous les supports sur lesquels elle repose sont également intangibles. Ceci revient à dire que, cette autorité ayant une valeur *erga omnes*, l'interprétation d'une règle de droit par un juge, et quel que soit ce juge, doit désormais s'imposer à tout individu. Or le caractère objectif de la règle de droit ne permet pas de faire une différence entre les particuliers et les agents. Un agent investi de la compétence juridictionnelle devra donc observer l'interprétation déjà donnée d'une règle de droit. Nous en arrivons ainsi à proposer une explication d'un mode de formation du droit positif, dans lequel le juge ne joue pas un rôle de législateur, comme on le dit couramment, mais dans lequel il est lié par l'interprétation déjà donnée de la règle de droit. L'autorité absolue de la chose jugée et la théorie des effets indirects de cette autorité ne fournissent-elles pas, dans le domaine des questions abstraites, une justification de la vieille formule : le juge fait la loi ?

Pour répondre à cette question, il faudrait procéder à une étude approfondie de la pratique judiciaire anglaise où le système du « précédent » tient une place de premier plan. Le magistrat anglais, en acceptant une solution abstraite déjà donnée, a-t-il la volonté de faire application de

l'idée de chose jugée ? Nous croyons qu'il n'en est pas éloigné s'il accepte la première théorie présentée sur le précédent, théorie dite « déclaratoire ». Blackstone a écrit que « c'est une règle établie que l'on doit s'en tenir aux anciens précédents, là où les mêmes points reviennent en litige; aussi bien pour conserver à la balance de la justice l'équilibre et l'immobilité, et lui éviter les vacillations que l'opinion de chaque nouveau juge serait susceptible de causer, que parce que, également, le droit étant, dans cette espèce, solennellement *déclaré* et déterminé, ce qui, antérieurement, était incertain, et peut-être indifférent, est dès lors devenu une règle permanente, qu'il n'est plus dans le pouvoir d'aucun juge ultérieur d'altérer ou de faire varier au gré de ses sentiments particuliers : ce juge étant assermenté pour trancher, non d'après son jugement particulier, mais conformément aux lois et coutumes connues du territoire; n'étant pas délégué pour dire un nouveau droit, mais pour maintenir et proclamer l'ancien. » (1). Dans la théorie déclaratoire, le juge ne fait donc que se soumettre à l'interprétation « déclarée » par un autre juge d'une règle préexistante, mais mal connue.

Il est vrai qu'une seconde explication, moins conforme à la théorie de la chose jugée, se substitue à la précédente. Dans la théorie du *stare decisis*, le juge prétend jouer un rôle effectif dans la formation du droit : il semble détenir alors un pouvoir créateur. Et l'on nous dira sans doute, à l'appui de cette dernière opinion, que le système du précédent judiciaire ainsi conçu est une véritable

(1) Blackstone, *Comm. I*, Introduction, Section III, p. 69 (traduit par M. Lévy-Ullmann). Pour l'étude du précédent judiciaire, voir justement . Lévy-Ullmann, *Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques. II : Le système juridique de l'Angleterre*, t. I, p. 127 et suiv.

nécessité dans les pays où l'esprit juridique attribue une très large place à la coutume. Si l'on n'accepte pas que le juge puisse la fixer, on expose les plaideurs à subir les inconvénients d'une inégalité regrettable, et à connaître les dangers d'une instabilité perpétuelle. Sans doute, mais n'oublions pas que c'est justement ce besoin de stabilité et d'égalité qui est la base de notre théorie, comme de la portée absolue de l'autorité de la chose jugée.

Nous inclinons donc à penser que le précédent judiciaire est simplement l'application des effets indirects de la chose jugée aux solutions abstraites⁽²⁾.

En France, une solution inverse de celle qu'on admet en Angleterre s'est imposée⁽³⁾. L'interprétation de la règle par un juge ne peut jamais lier un autre juge. La Cour de

(2) Au sujet du développement de la théorie du précédent dans le droit anglais, voir Glasson, *Histoire des institutions anglaises* (1882), 6 vol., et, notamment, ce que l'auteur écrit sur l'œuvre de Blackstone (tome 5).

Voir aussi de Franqueville, *Système judiciaire de la Grande-Bretagne* : « ... Cette assemblée (la Chambre des communes) a si bien compris son impuissance, qu'elle a délégué une partie de ses pouvoirs à ceux qu'elle a cru les plus capables de les bien exercer. Cela s'est fait sous une double forme : explicitement, par un article de loi conférant aux cours de justice le droit de rédiger de véritables codes : implicitement, en reconnaissant à leur jurisprudence un caractère quasi législatif. » (t. II, p. 655.) L'auteur accepte évidemment la formule classique : *juge made law*.

(3) Il ne faudrait pas croire, en effet, que les arrêts de règlement de nos anciens parlements puissent être expliqués par une théorie analogue à celle que nous proposons au sujet du précédent judiciaire anglais. Ces arrêts étaient de véritables actes législatifs que les parlements faisaient soit au nom d'une délégation royale, soit au nom d'un pouvoir propre (l'origine de cette institution nous est indifférente). *Ils n'étaient pas des actes juridictionnels, pas plus que des éléments d'actes juridictionnels*. Leurs auteurs n'avaient, en aucune manière, à procéder à l'acte de juger, au sens matériel et formel du mot. Ils détenaient une portion de la puissance législative, et en usaient sans que le caractère obligatoire de telles décisions pût reposer sur la constatation d'une violation de la loi, constatation dont l'autorité, dans ses effets indirects, explique, selon nous, le véritable caractère du précédent judiciaire. — Sur les arrêts de règlements, voir Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 14^e éd., p. 515.

cassation elle-même n'a qu'une autorité de prestige. Nous dirons donc, si l'on veut accepter la théorie proposée, que le législateur français a écarté sur ce point les effets indirects de la chose jugée. Se demander qui, du législateur anglais ou français, a raison, c'est poser à nouveau la question des conditions formelles. Le législateur anglais estime que les conditions de savoir, d'indépendance, de dignité remplies par le juge sont suffisantes pour qu'on puisse conférer à ses décisions cette immense fortune de devenir presque des lois. Le législateur français pense le contraire. Nous croyons qu'il a raison. Encore que la magistrature anglaise soit assurée d'un prestige que notre mentalité frondeuse de français n'accorde pas à la nôtre⁽⁴⁾, il faut bien reconnaître les difficultés que provoque la pratique du précédent judiciaire.

Quant aux conditions formelles de l'attribution de l'autorité aux solutions abstraites, elles paraissent se résumer, les motifs du jugement mis à part, à la définition par le législateur *de la compétence*. En France, aucun organe judiciaire n'a cette compétence. On peut concevoir une législation où certains tribunaux seulement, désignés par le législateur, pourraient rendre des décisions abstraites munies de cette autorité. La compétence est bien une condition purement formelle, puisqu'elle est indépendante de la nature de l'acte, puisqu'elle est attribuée par le législateur, puisqu'elle ne peut s'attacher qu'à l'organe.

(4) Voir Lévy-Ullmann, *Éléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques*, t. I, 2^e part., p. 153.

SECTION II

L'AUTORITÉ DES SOLUTIONS CONCRÈTES

§ 1. — La doctrine française et le problème de l'autorité des motifs en général.

Une étude pourrait être longue, qui s'attacherait aux effets indirects de la chose jugée dans leurs rapports avec les solutions de questions concrètes. En droit français, le problème de la chose jugée ne s'est guère posé qu'à propos de ces solutions-là. En revanche il a été, sur ce point, très débattu.

Les solutions de questions concrètes occupent la place la plus importante dans les motifs des jugements. Quand on parle du problème de l'autorité des motifs, on songe à l'autorité des solutions de questions concrètes. C'est pourquoi il va falloir nous occuper encore de la règle classique : l'autorité de la chose jugée ne s'applique qu'au dispositif à l'exclusion des motifs.

Cette règle, peut-on dire, n'a jamais été appliquée. De tout temps, on a accordé l'autorité à certaines solutions concrètes. On a commencé, et, sur ce point, l'erreur n'est pas encore redressée, par voir l'objet de l'acte juridictionnel dans certaines constatations, où il n'y avait que des solutions de questions concrètes. On ne fit donc aucune difficulté pour attribuer à ces solutions l'autorité de la chose jugée. Il est vrai que, dans cette hypothèse, ces solutions étaient déposées dans le dispositif.

Mais on comprit bien vite qu'il fallait se résoudre à l'accorder aussi à certains éléments qu'on était contraint de ranger parmi les motifs. On se résolut à faire une exception à la règle : seraient assortis de la chose jugée cer-

tains motifs (comprenons ici certaines solutions concrètes) qui sembleraient avoir une importance particulière. Il fallait alors donner une définition précise. Elles pullulèrent aussi vagues les unes que les autres. M. Hébraud en a consigné dans sa thèse un assez joli choix⁽⁵⁾. Il est inutile de les reproduire. M. Hébraud termine ainsi : « On ne saurait dissimuler l'impression d'incertitude qui se dégage de ces formules. »

Nous les résumerons toutes en empruntant à Lacoste la phrase suivante : « La règle d'après laquelle l'autorité de la chose jugée ne s'applique pas aux motifs doit être écartée lorsque les motifs font corps avec le dispositif, lorsque, selon l'expression de la Cour de cassation, ils sont nécessaires pour soutenir le dispositif. »⁽⁶⁾.

Doctrines et jurisprudence vont plus loin que cette formule ne semble le permettre. Les dispositifs des jugements sont parfois obscurs. On les éclaire alors à la lueur des motifs, qui, subrepticement, empruntent ainsi au dispositif un peu de son autorité⁽⁷⁾. Nous relevons la phrase suivante : « Attendu que le sens du dispositif de la décision attaquée, ainsi éclairée par les motifs, n'est pas douteux... »⁽⁸⁾, puis, dans un arrêt du Conseil d'Etat : « ... Si en principe la chose jugée réside dans le dispositif des

(5) Hébraud, p. 320.

(6) Lacoste, n° 226. Voir au besoin les nombreuses références qui font suite.

(7) Les auteurs allemands acceptent aussi qu'on éclaire le dispositif à la lueur des motifs. « Gegenstand der materiellen Rechtskraft ist die Entscheidung über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch, d. i. die Feststellung, dass der vom Kläger oder Widerkläger geltend gemachte Klagegrund in der ihm vom Richter gegebenen rechtlichen Individualisierung die im Klageantrag begehrte Rechtsfolge habe oder nicht habe. Dieser Gegenstand der materiellen Rechtskraft ergibt sich regelmässig nicht aus der Urteilsformel allein, sondern erst mit Hilfe der Urteilsgründe. » (Goldsmidt, *Zivilprozessrecht*, p. 153.)

(8) Cass. civ., 19 juin 1929, *Gaz. Pal.*, 1929, p. 624.

jugements, ce dispositif ne doit pas être envisagé abstraction faite de ses motifs, *lorsque ceux-ci peuvent seuls en déterminer la portée...* » (9). Il a donc fallu comprendre que le dispositif ne saurait se passer de l'aide des motifs, que chose jugée et motifs se touchaient et ne pouvaient s'ignorer. Mais la règle classique n'en est pas moins ferme pour cela et nous jugeons inutile, sur une question aussi connue, de rapporter aucune décision judiciaire (10).

§ 2. — La doctrine française et le problème de l'autorité des motifs en matière pénale.

Nous croyons cependant utile d'étudier rapidement la question de l'autorité des motifs en matière pénale. Nous verrons ainsi jusqu'où la jurisprudence a cru pouvoir aller dans l'attribution des effets indirects de la chose jugée aux solutions concrètes. Nous nous plaçons sur le terrain pénal, parce qu'on y reconnaît habituellement une portée absolue à l'autorité de la chose jugée.

I. — QUESTIONS DE PROPRIÉTÉ MOBILIÈRE.

La Cour de Grenoble a décidé que : « la question de la validité de la saisie et de la culpabilité des prévenus jugée par le tribunal correctionnel embrassait nécessairement la question de propriété des objets saisis; ... que le tribunal, en condamnant les prévenus et en prononçant la confiscation des objets saisis, a textuellement jugé que ces objets étaient la propriété de B..., et non celle de G...,

(9) Cons. d'Etat, 26 juillet 1912. Cies du Midi et d'Orléans contre Etat. Lebon, p. 889.

(10) Voir Lacoste, nos 114 et suiv.; Glasson et Tissier, III, p. 94, 3^e éd.; Hébraud, p. 319 et suiv.

d'où il résulte qu'une décision qui ferait droit à la revendication formée par G..., serait pleinement en contradiction avec ce jugement qui a acquis l'autorité de la chose jugée... » (11).

On peut lire aussi dans un arrêt relativement récent de la Chambre criminelle de la Cour de cassation que, en déclarant l'appelante coupable du vol d'une génisse au préjudice d'une dame T..., la Cour « décide ainsi *erga omnes*, que l'animal dérobé est bien la propriété de cette dernière » (12). Voilà deux solutions concrètes relatives à la propriété de certaines choses, à qui les juridictions compétentes ont attribué l'autorité de la chose jugée.

II. — EXISTENCE ET VALIDITÉ DES CONTRATS.

Nous trouvons dans un jugement du tribunal d'Arras, du 28 août 1866, confirmé en appel, puis en cassation (tout au moins sur le point qui nous intéresse), le considérant suivant :

« Considérant que, par arrêt du 14 mars dernier, confirmatif d'un jugement du tribunal correctionnel d'Arras du 22 janvier précédent, Rosalie-Joseph Labbé, femme de Louis Hocquet, a été condamnée à dix mois d'emprisonnement comme coupable d'abus de confiance, pour avoir détruit, au préjudice des demandeurs, un acte contenant obligation...; considérant que cette condamnation implique virtuellement l'existence d'un titre opérant obligation civile, et par conséquent la validité de ce titre...; d'où il suit qu'elle est jugée de manière définitive et absolue même envers les tiers qui ne sont pas partie au jugement » (13).

(11) Grenoble, 18 nov. 1863, S., 69. 2. 304.

(12) Crim., 26 oct. 1917. Bull. crim., n° 227, p. 398.

(13) V. Cass., 21 déc. 1868, D. P. 69. 1. 169.

Un arrêt de la Chambre des requêtes en date du 5 avril 1909 s'exprime ainsi : « Attendu que l'action civile en garantie dirigée par les héritiers C... contre L... était fondée sur... (sans intérêt); — Attendu que cette action remettait ainsi en question l'existence, déniée par la juridiction correctionnelle, d'un contrat mettant à la charge de L... le bon fonctionnement de l'appareil, et qu'elle contredisait ainsi formellement les faits constatés par le jugement du 27 mai 1905, qui avaient motivé la relaxe du prévenu... » (14).

Voilà des solutions de questions concrètes auxquelles on accorde l'autorité de la chose jugée.

III. — LES QUESTIONS D'ÉTAT.

Les questions d'état, envisagées comme questions concrètes, provoquent de grosses difficultés. La solution donnée par le juge à une telle question peut avoir des conséquences incalculables. Accorder l'autorité à ces solutions, c'est risquer de leur accorder plus qu'elles ne méritent. Pourtant, la jurisprudence l'a fait. Elle décide, par exemple, que les solutions de questions concrètes relatives à l'état des personnes, solutions nécessaires pour trancher un problème de suppression d'état, ont l'autorité de la chose jugée (15).

Le problème se complique du fait que la loi a réservé la solution des questions d'état à une juridiction spécialement compétente. Tout au moins en est-il ainsi pour les problèmes de filiation. Il y a dans ce cas question préjudicielle et

(14) Voir Cass. req., 5 avril 1909, S., 09. 1 310.

(15) Voir Cass. req., 30 avril 1807, S., 07, p. 401, et Aix, 6 déc. 1900, D., 01. 2. 305; S., 02. 2. 17, note Lacoste. La jurisprudence, on peut le voir par l'écart des dates, ne s'est donc pas démentie. Cette solution est unanimement admise par les auteurs. On trouvera dans l'ouvrage de M. Hébraud, p. 384 et suiv., un examen approfondi de la question auquel sont jointes toutes les références désirables.

c'est une des grandes difficultés de la matière que de savoir quand il y a question préjudicielle et question préalable ⁽¹⁶⁾. Lorsqu'il y a question préjudicielle, accorder l'autorité de la chose jugée à la solution de cette question ne présente aucun inconvénient. Mais quand il y a question préalable, la crainte de faire trancher d'une manière hâtive, sur des moyens de preuve peut-être insuffisants, des problèmes d'une telle gravité fait hésiter. Nous devons en déduire qu'une mise au point des textes législatifs serait, sur ce point, fort utile. Il serait simple et raisonnable de déclarer que les questions d'état des personnes seront toujours préjudicielles.

Les difficultés s'accroissent quand la question concrète relative à l'état des personnes est posée au jury de Cour d'assises. On sait avec quelle fantaisie de pareilles questions sont, dans ces conditions, résolues. On y voit des moyens, non de déclarer la vérité, mais d'adapter la peine. Aussi est-il impossible de leur attacher la moindre autorité. Les décisions sont innombrables qui s'égarent dans les contradictions les plus graves. Tel cet arrêt qui déclare déchu de la puissance paternelle un individu dont le jury disait, dans sa réponse, qu'il n'était pas le père de l'enfant ⁽¹⁷⁾. La jurisprudence décide qu'une question d'état tranchée de la sorte, à seule fin de pallier les rigueurs d'une loi pénale estimée trop sévère, ne doit avoir aucune autorité. Elle a raison. Mais on ne peut approuver de tels procédés. Si la loi est trop

(16) Nous rappelons qu'on entend par *question préalable* la question dont la solution, nécessaire pour que soit fait un certain acte juridictionnel, peut être donnée par le tribunal compétent pour faire cet acte. Au contraire, on entend par *question préjudicielle* la question dont la solution, nécessaire pour que soit fait un certain acte juridictionnel, ne peut être donnée que par un tribunal autre que le tribunal compétent pour faire l'acte juridictionnel lui-même.

(17) Cass. crim., 8 avril 1910, Gaz. Pal., 1910. 2. 259.

sévère, qu'on la modifie. Si le jury n'est pas à même de résoudre de pareilles questions, qu'on s'en remette à une autre juridiction du soin de le faire.

Le cas de la Cour d'assises étant mis à part, on peut dire que certaines solutions concrètes données par les tribunaux répressifs acquièrent, aux yeux de la jurisprudence, l'autorité de la chose jugée. On en fait maintenant des applications journalières en matière d'accidents d'automobiles. Il faut ajouter que l'affirmation d'un fait au regard du droit comporte l'opération dite de la « qualification ». Pour affirmer l'existence d'un fait il faut l'avoir qualifié. Dire qu'il y a fait de vol, c'est avoir interprété et qualifié. Ceci n'est pas, comme on le croit, l'objet de l'acte juridictionnel, mais seulement d'une question concrète. La question principale sera composée d'une juxtaposition de cette solution concrète et de la règle qui interdit de voler. La réponse constitue l'objet de l'acte juridictionnel, constatation de la violation de la règle. La qualification est donc, nous l'avons vu jadis, une opération nécessaire à la solution des questions concrètes. Et ceci est vrai soit qu'on affirme l'existence du fait, vol, assassinat, abus de confiance, soit qu'on affirme l'existence du fait contrat.

Si la qualification n'est qu'un fragment de la réponse aux questions concrètes, elle doit bénéficier de l'autorité de la chose jugée. La jurisprudence en décide ainsi, dans la mesure naturellement où elle accorde l'autorité aux solutions concrètes. Il est dit dans un arrêt de la Cour de Caen : « ... Considérant, en droit, qu'il n'est plus possible d'apprécier ou de qualifier au civil les mêmes faits autrement qu'ils ne l'ont été par le jugement du 20 mars, qui a acquis l'autorité de la chose jugée envers et contre tous, même au respect

des tiers qui n'ont point figuré à la procédure criminelle... Considérant que l'ordre public était au plus haut point intéressé à ce que l'existence comme la qualification des faits proclamés par la juridiction criminelle ne puissent plus être déniées, contestées ni débattues de nouveau devant le juge civil... » (18).

De cette rapide étude de jurisprudence on peut déduire que les tribunaux, rompant avec les principes, accordent largement l'autorité de la chose jugée à certaines solutions concrètes, lesquelles se trouvent ordinairement dans les motifs. Ils estiment qu'il convient de se montrer plus généreux envers les solutions concrètes qu'envers les solutions abstraites. Si l'on reste dans le domaine de la déduction pure, on comprend mal cette différence que le juge anglais, logique jusqu'au bout, semble rejeter. Mais on l'explique au contraire facilement si l'on passe sur le terrain de la psychologie. Dire que l'existence d'un fait aura, dans l'avenir, une valeur indiscutable *erga omnes* n'a pas les conséquences immenses que peut avoir l'affirmation que, dès lors, telle règle de droit ne sera plus discutée. De plus, la notion de règle de droit est difficile à saisir, et il en résulte qu'on aperçoit plus difficilement encore le lien, pourtant indiscutable, qui s'établit entre la règle et l'affirmation définitive d'un fait. Comprendre que l'existence d'un fait n'a de valeur que celle que lui donne la loi demande une analyse subtile. Au contraire, il faut un véritable effort de la pensée pour accepter que tel individu ait été condamné pour meurtre et que le fait du meurtre soit néanmoins susceptible de discussion. Le bon sens, toujours plus en éveil en matière pénale qu'en matière civile, se refuse à comprendre que quelqu'un ait été puni pour abus de confiance et que le

(18) Caen, 25 août 1874, D., 77. 3. 77.

contrat qui sert de base à ce délit puisse encore être mis en doute.

Notre analyse montre que l'attribution de l'autorité de la chose jugée, soit aux solutions abstraites, soit aux solutions concrètes, ne peut dépendre que du législateur. En réalité, il ne s'est occupé ni des unes ni des autres. Le juge français agit *comme si le législateur avait attribué cette autorité aux solutions concrètes*, ou mieux à certaines solutions concrètes, en la refusant aux solutions abstraites.

§ 3. — A quelles solutions concrètes doit-on accorder
l'autorité de la chose jugée ?
Conditions formelles de cette attribution.

I. — A QUELLES SOLUTIONS CONCRÈTES DOIT-ON ACCORDER
L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE ?

En nous demandant à quelles solutions concrètes on doit accorder l'autorité de la chose jugée, nous nous demandons aussi quels motifs peuvent la mériter, puisque les solutions concrètes sont exprimées dans les motifs.

Ni les auteurs ni les arrêts ne peuvent nous le dire. Une remarque va nous aider. On peut citer d'innombrables jugements et dissertations où il est question de motifs faisant corps avec le dispositif et, partant, bénéficiant à titre d'exception de l'autorité de la chose jugée ⁽¹⁹⁾. Or on constate ceci : tant qu'il s'agit des principes, auteurs et arrêts affirment avec énergie que tous les motifs (comprendons toutes les solutions concrètes) n'ont pas l'autorité de la chose jugée; puis, dès qu'il s'agit de faire une application pratique, on se trouve très souvent, comme par magie, en présence d'un

(19) Voir Glasson, Morel et Tissier, t. III, p. 99.

motif auquel l'autorité s'applique. Au point qu'on en arrive à se demander si l'exception n'est pas en réalité la règle. Nous n'affirmons pas qu'on ne puisse trouver des arrêts refusant l'autorité à tel motif déterminé, mais nous affirmons que les décisions de ce genre sont beaucoup moins nombreuses qu'on pourrait le penser d'abord ⁽²⁰⁾.

Si, donc, on maintient encore, avec la volonté bien arrêtée de ne pas lui manquer de respect, la règle qui refuse aux motifs l'autorité de la chose jugée, en fait, on ne l'invoque souvent que pour la tourner. Nous allons essayer de montrer qu'il faut renoncer à trouver un critère qui permette de séparer les motifs en deux catégories, car il tendrait à établir une distinction ne reposant sur aucun fondement.

Les motifs, avons-nous dit, ne peuvent être que l'expression des solutions données aux questions de droit abstraites et concrètes, solutions nécessaires pour former la question principale. Nous mettons à part les solutions données aux questions abstraites : elles sont déjà étudiées et sont, au surplus, rarement formulées. Restent les questions concrètes ; elles sont plus ou moins complexes, mais les complexes sont faites de solutions données aux questions les plus simples. *Toutes sont des questions concrètes de nature identique.* Des questions très complexes, supposant la solution de nombreuses questions plus simples, peuvent jouer dans la formation de la question principale un rôle bien moins important que certaines questions très élémentaires. Les voûtes d'une cathédrale ne tiennent que par un équilibre de contreforts ; les uns se montrent d'une architecture compliquée et audacieuse, les autres ne sont que masses rectilignes sur

(20) Voir civ., 21 févr. 1900, S., 1900, 1. 264 ; req., 26 nov. 1902, S., 03. 1. 83 ; civ., 30 juin 1903, S., 03. 1. 504 ; 7 juill. 1910, S., 14. 1. 273 ; req., 19 juill. 1916, S., 46. 1. 151 ; req., 15 juill. 1908, S., 11. 1. 519 ; 3 nov. 1915, S., 18-19. 1. 52.

lesquelles l'œil s'arrête à peine. Tous ont le même rôle, et ne travaillent pas toujours le plus ceux que l'on voit le mieux. Ce serait enfin ignorance que de vouloir, dans ces contre-forts, trouver la pierre principale.

Il en est de même pour l'acte juridictionnel. Chacune des questions concrètes a son rôle, chacune d'elles est une pierre de l'édifice. Retirer cette pierre c'est vouloir que l'ensemble s'écroule. Prétendre conférer à la solution de la question principale l'autorité de la chose jugée, se voir contraint de la conférer aussi aux solutions concrètes qui supportent immédiatement cette question principale, et la refuser aux solutions de questions concrètes qui sont les assises premières du procès, c'est vouloir faire planer, à cent pieds au-dessus du sol, les voûtes de la cathédrale.

Le législateur est libre d'accorder ou de ne pas accorder aux solutions concrètes l'autorité de la chose jugée. Mais s'il décide de la leur accorder, *il doit l'accorder à toutes*. Leur nature invariable, l'étroite liaison qui existe entre elles, qui fait de l'ensemble un tout articulé et intangible, demandent qu'elles soient traitées sur un pied d'égalité absolue. Nous devons donc rejeter la notion de motif faisant corps avec le dispositif. Selon nous, toutes les solutions concrètes d'un acte juridictionnel donné méritent la même autorité. Nous sommes d'ailleurs convaincu que, très souvent, la jurisprudence agit comme si elle partageait cet avis.

II. — CONDITIONS FORMELLES DE L'ATTRIBUTION AUX SOLUTIONS CONCRÈTES DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE.

Le problème est ici très complexe. Tous les éléments formels jouent à la fois.

L'acte juridictionnel doit être motivé. Sur ce point, nous passons ^(20 bis).

Il faut tenir compte, ensuite, des formes de la procédure et de la composition du tribunal. Tous ces éléments sont formels et, croyons-nous, ils peuvent seuls nous retenir ici ⁽²¹⁾.

Le législateur a donc, pour accrocher les effets indirects de l'autorité de la chose jugée aux solutions concrètes, la forme de la procédure (moyens d'instruction et de preuves, forme du débat, caractère contradictoire, libre défense...) et la composition du tribunal. Il est tout à fait logique et raisonnable de dire que le législateur accordera l'autorité aux solutions concrètes rendues après une instruction minutieusement réglée par les textes de lois, après un débat librement mené devant un tribunal composé de plusieurs membres, susceptible, dans les discussions en chambre du conseil, de serrer la vérité au plus près. Tout cela est un ensemble de conditions formelles. Il est également raisonnable de refuser l'autorité aux solutions concrètes qui n'auraient pas été l'objet de pareilles sollicitudes, autrement dit, pour lesquelles une ou plusieurs des conditions précédentes auraient fait défaut. Enfin, la nécessité d'une prompte liquidation des conflits peut inciter le législateur à autoriser des instructions rapides, peu formalisées, aboutissant à des solutions concrètes plus ou moins douteuses, que la modestie du débat permet d'accepter, mais que le législateur ne veut pas revêtir de l'autorité.

Reste à se demander quelle est la volonté du législateur français, à quelles solutions concrètes il a voulu confé-

(20 bis) Voir p. 336.

(21) Voir ce que nous avons dit du critère formel de l'acte juridictionnel à la fin de la première partie, titre III, chap. III.

rer l'autorité? Sur ce point nous ne savons rien, à moins que nous en sachions trop.

Il n'est pas douteux que le rédacteur des codes napoléoniens a entendu consacrer l' « autorité relative ». Nous avons longuement exposé pourquoi il nous paraît impossible de découvrir à cette expression un sens qui soit conciliable avec le caractère objectif de la règle de droit et de l'acte juridictionnel. On peut, toutefois, l'interpréter en disant : le législateur a voulu que les solutions données aux questions concrètes ne puissent pas servir pour plusieurs questions principales. Elles ne devront être utilisées que pour la question principale en vue de laquelle elles furent posées pour la première fois. *Ceci revient à dire que le législateur a refusé toute autorité de chose jugée à ces solutions.*

La jurisprudence a donc commencé par agir comme si le législateur avait refusé l'autorité à *toutes les solutions concrètes* ⁽²²⁾. Une exception très importante, celle du contentieux pénal, fut assez rapidement introduite, mais seulement quant « aux motifs qui faisaient corps avec le dispositif ». En résumé, la jurisprudence estime que le législateur, par exception à la règle générale, a conféré à certaines solutions concrètes résolues au pénal l'autorité de la chose jugée. *Il lui semble que les conditions formelles réalisées par la procédure criminelle et la composition du tribunal répressif sont telles qu'on puisse les considérer comme suffisantes pour accorder l'autorité.*

Au contraire, elle juge que les conditions formelles remplies par les procédures civiles ne suffisent pas. De

(22) Il faut naturellement mettre à part les solutions concrètes dont la jurisprudence faisait à tort l'objet de l'acte juridictionnel, et qui, contenues dans le dispositif, se voyaient conférer l'autorité.

même pour les procédures disciplinaires, très proches cependant des procédures pénales.

Nous pensons que ce choix n'est pas très judicieux. Nous rappelons que le juge répressif se fonde sur des présomptions, qu'il fait grand usage de la preuve par témoins, alors que le juge civil est fréquemment astreint à se plier aux nécessités de la preuve par écrit. Le caractère contradictoire de la procédure est assuré ici et là. Nous ne pouvons oublier, d'autre part, l'atmosphère de certains prétoires de justice correctionnelle, la promptitude avec laquelle des juges surchargés sont contraints de « motiver » leurs décisions répressives. Nous avons cru trouver, dans les audiences civiles, plus de lenteur et de méditation.

Au total, les conditions formelles de la procédure civile nous paraissent aussi satisfaisantes que celles de la procédure pénale.

Comment expliquer alors l'attitude de la jurisprudence ? Par l'intérêt public qui, en matière pénale, ne souffrait aucune discussion, et qui, en matière civile, s'effaçait plus discrètement. Aujourd'hui, l'intérêt public se révèle mieux : les questions d'état, la responsabilité du fait des tiers, les assurances..., montrent que l'autorité des solutions concrètes peut avoir des applications fort importantes en dehors du cadre du contentieux pénal.

Nous estimons que la jurisprudence française pourrait, sans le moindre inconvénient, accorder aux solutions concrètes de tous les actes juridictionnels les effets indirects de l'autorité de la chose jugée. Les conditions formelles que remplissent ces solutions justifieraient largement cette libéralité. On obtiendrait ainsi des résultats que l'on poursuit depuis longtemps au moyen de procédés variés et sans arriver à des solutions générales. Des exceptions pourraient

être maintenues : par exemple celle des solutions concrètes rendues par le juge de paix. Si l'absence de l'avoué, de l'avocat (tout au moins en droit), le fait du juge unique, inspirent quelque méfiance, rien n'empêche, dans ce cas, de déclarer non satisfaites les conditions formelles prévues par le législateur pour l'attribution des effets indirects de l'autorité de la chose jugée.

§ 4. — Les limites au principe de l'autorité absolue
appliquée aux solutions concrètes.

Nous allons raisonner en considérant comme admise la proposition que nous avons faite : les conditions formelles paraissant donner une somme de garanties suffisantes, tous les motifs qui expriment une solution de question concrète ont droit à l'autorité de la chose jugée. Il est acquis, d'autre part, que l'autorité est toujours absolue.

I. — DISTINCTION D'UNE SOLUTION DE QUESTION CONCRÈTE
ET D'UN MOYEN DE PREUVE.

Entre les différentes solutions concrètes nous n'avons pu relever aucune différence de nature. Nous avons donc proposé d'accorder les effets indirects de la chose jugée à tous les motifs qui en sont l'expression. Mais supposons qu'il s'agisse d'autre chose que de questions concrètes, par exemple de *moyens prévus par la loi pour poser et résoudre ces questions*. Une solution de continuité apparaît : nous ne pouvons plus accorder l'autorité de la chose jugée.

Un témoignage, déposé sous la foi du serment, a été produit devant un tribunal répressif. Ce tribunal l'a utilisé pour conclure à l'existence au regard du droit d'un certain fait d'ordre délictueux. Voilà une réponse donnée à une question concrète. Le fait constaté, en vertu des effets indi-

rects de l'autorité de la chose jugée, ne pourra plus être mis en doute, pas plus que l'interprétation et la qualification que le tribunal en a données. Mais si le même témoignage vient à être utilisé devant une autre juridiction pour permettre d'établir un autre fait, pour poser et résoudre une question concrète non envisagée par le tribunal répressif, une interprétation nouvelle pourra en être donnée par cette seconde juridiction. Il ne s'agit que d'un moyen de preuve, non d'une solution concrète. Il n'y a pas lieu d'appliquer l'autorité de la chose jugée.

La jurisprudence consacre maintenant sans défaillance le droit d'utiliser dans un procès civil les moyens de preuve contenus dans un dossier pénal ⁽²³⁾. Nous ne voyons aucun inconvénient à retourner la règle et à autoriser, pour un procès criminel, l'utilisation des moyens contenus dans le dossier d'un procès civil.

Mais si la jurisprudence autorise ce transfert des moyens de preuves d'un dossier dans un autre, elle décide également que ces moyens seront interprétés librement. L'opinion du premier juge n'a, aux yeux du second, que la valeur d'un précédent, créé par un homme supposé compétent. La doctrine, de même, n'a jamais hésité sur ce point et les auteurs consacrent de longues dissertations aux difficultés résultant des transferts de preuves d'un procès dans un autre procès. L'essentiel, pour nous, est le principe. Nous tenions à montrer, et nos conclusions se rencontrent avec celles de la jurisprudence et de la doctrine, que l'autorité absolue, dont nous voudrions voir les solutions concrètes revêtues, devrait trouver là une première limite.

(23) Voir Hébraud, p. 263, et, notamment, req., 26 nov. 1839, S., 40. 1. 129; Cass. crim., 17 juin 1870, S., 71. 1. 182; Cass. civ., 29 nov. 1893, S., 94. 1. 279.

II. — LA QUALIFICATION AU CIVIL D'UN FAIT ÉTABLI
ET QUALIFIÉ AU PÉNAL.

Un fait ayant été établi au regard du droit a reçu du juge pénal une certaine qualification. L'autorité de la chose jugée la couvre de son effet indirect. Le fait a donc, aux yeux du juge civil, une existence certaine. Mais celui-ci reste libre de lui donner, *au sens civil*, la qualification qui convient. Il y a là une séparation de compétences ⁽²⁴⁾.

III. — L'AUTORITÉ DES SOLUTIONS CONCRÈTES
ET LES ÉLÉMENTS NOUVEAUX.

Toute solution de question concrète devrait avoir, à l'égard de tous, une autorité absolue. Cela ne signifie pas qu'il soit impossible de s'attaquer à l'existence légale du fait envisagé. L'autorité des solutions concrètes ne peut jouer que dans les conditions mêmes du procès. Les éléments de preuves et les données du problème une fois définis devant un premier juge, la solution qui doit en découler une fois formulée, on ne saurait remettre en question la conclusion déduite. Mais que les données de ce problème viennent à changer, que de nouveaux moyens de preuves surgissent, que le concept formé par le premier juge se montre non conforme à la réalité, nous sortons du domaine de la chose jugée. Cette matière se rattache directement au problème beaucoup plus général de la « révision ». Nous renvoyons au chapitre des voies de recours.

(24) Voir Cass. req., 20 janv. 1874, S., 74. 1. 223; Poitiers, 18 mars 1903, D., 03. 2. 12.

SECTION III

L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE ET LES ACTES JURIDICTIONNELS PRÉALABLES

L'acte juridictionnel préalable est l'élément de beaucoup le plus rare et le plus difficile à étudier. On le découvre, en droit français, dans le cadre de l'article 471, alinéa 15, du Code pénal. Mais on le rencontre ailleurs, par exemple dans l'hypothèse où, l'acte juridictionnel principal ayant à constater la violation de la loi du contrat par l'un des contractants, celui-ci oppose une exception comme quoi l'autre contractant a lui-même préalablement violé cette loi. La constatation de cette violation de la règle fera l'objet d'un acte juridictionnel préalable.

Nous reconnaissons que le problème est plus facile à saisir dans l'hypothèse où l'on incrimine la légalité de la règle dont l'acte juridictionnel principal a pour objet de constater la violation. Dans cette hypothèse rentre le cas prévu par l'article 471 du Code pénal. Le juge correctionnel, ayant à constater la violation d'un règlement administratif, voit l'inculpé se défendre en accusant ce règlement d'illégalité. Le droit français ne connaît que ce cas d'appréciation par le juge de la légalité d'une disposition par voie générale. Le droit américain, plus logique, transporte la question sur le terrain de la constitutionnalité des lois. Elle ne change pas pour cela. Rappelons-nous, en effet, la théorie de la formation du droit par degrés du professeur Merkl. La loi n'est qu'une exécution de la norme constitutionnelle, comme le règlement n'est que l'exécution d'une norme supérieure déposée dans la loi ou la constitution, suivant les cas. Soulever dans un procès l'exception d'inconstitutionnalité de la loi, ou soulever l'exception d'illégalité du règlement, c'est, juridiquement parlant, faire la

même chose, c'est-à-dire introduire la nécessité d'un acte juridictionnel préalable.

Du point de vue de la chose jugée, l'acte juridictionnel préalable semble bien être deux fois candidat à l'autorité. En tant qu'acte juridictionnel répondant au double critère matériel (puisqu'il tranche une question de légalité) et formel (puisqu'il est rendu par une autorité distincte du supérieur investi du pouvoir de commander), il semble avoir droit aux effets directs de l'autorité. Un règlement ayant été déclaré illégal par le tribunal répressif, personne ne doit plus pouvoir poser à nouveau la question de sa légalité, ce qui revient à dire qu'il est illégal pour chacun (combinaison des valeurs positive et négative des effets directs de l'autorité de la chose jugée).

En tant qu'élément de l'acte juridictionnel principal, ensuite, l'acte juridictionnel préalable est candidat aux effets indirects de l'autorité, à l'autorité « réfléchie », comme les solutions de questions de droit concrètes et abstraites.

En considération de ce double titre, allons-nous lui accorder l'autorité de la chose jugée? Nous constatons que la jurisprudence et la doctrine françaises la lui refusent unanimement. Tout au moins, c'est ainsi qu'on doit interpréter, avec notre théorie de la chose jugée, le fait qu'un tribunal, dans un acte juridictionnel préalable, a le droit de déclarer légal un règlement qu'un autre tribunal, *dans un autre acte juridictionnel préalable*, avait déclaré illégal. L'existence de ce règlement déclaré illégal ne peut être mise en doute, car le tribunal n'a pas compétence pour l'annuler. Mais il suffirait de déclarer que l'acte juridictionnel préalable est investi de l'autorité de la chose jugée, soit dans ses effets directs, soit dans ses effets indirects (nous aurions le choix, puisqu'il répond aux deux qualités nécessaires) pour que,

cette autorité ne pouvant qu'être absolue, personne, y compris les agents juridictionnels, ne puisse donner une autre appréciation de la légalité du règlement envisagé. Tout en étant maintenu, le règlement serait donc paralysé.

Une telle conclusion n'a rien d'illogique. Nous pensons que toute juridiction déclarée compétente et satisfaisant à des conditions formelles définies (c'est toujours le même problème) pourra paralyser une disposition par voie générale qu'elle n'a pas compétence pour annuler. Si une telle pratique existait, nous proposerions de l'expliquer de la même façon que nous avons essayé d'expliquer le précédent judiciaire, c'est-à-dire par l'attribution aux éléments constitutifs de la question principale de l'autorité de la chose jugée.

Or, cette pratique, ne la découvrons-nous pas aux Etats-Unis d'Amérique? Les Cours américaines ont toujours eu le droit, à propos d'un conflit, de déclarer qu'une loi était inconstitutionnelle et de refuser de l'appliquer : « ... les magistrats américains, dans une longue série d'arrêts — dont les premiers remontent jusqu'en 1780, à une époque antérieure au vote de la Constitution fédérale, — ont consacré une doctrine qui leur permet d'apprécier la constitutionnalité des lois et des actes du gouvernement, et de leur refuser la sanction judiciaire lorsqu'ils les jugent contraires à la Constitution de l'Etat. »⁽²⁵⁾ Il s'agit bien là d'actes juridictionnels préalables. La citation précédente le démontre, et la suivante aussi : « ... la cour se borne, dans une espèce, à propos d'un litige porté devant elle par les parties en cause, à déclarer l'inconciliabilité d'une disposition légale avec une autre qui lui est supérieure dans la hiérarchie des lois »⁽²⁶⁾. Or l'autorité des Cours américaines est si grande que, une loi ayant subi dans une affaire déterminée

(25) Nérinx, *Organisation judiciaire aux Etats-Unis*, p. 39.

(26) Id., *ibid.*, p. 41.

une pareille censure, elle est considérée dorénavant comme inapplicable. Les tribunaux ne reviennent pour ainsi dire jamais sur la première opinion, le peuple l'accepte et, qui mieux est, *le législateur lui-même intervient pour faire disparaître la loi condamnée*. Duguit souligne que, contrairement à une erreur répandue, les Cours américaines ne peuvent annuler la loi : elles ne peuvent que la censurer⁽²⁷⁾. Mais, selon nous, tout s'explique aisément : l'acte juridictionnel préalable a l'autorité de la chose jugée, laquelle est absolue, et chacun, jusqu'au législateur, s'incline devant elle. « Le prestige de ces hauts magistrats appréciant la constitutionnalité des lois dans l'atmosphère sereine de leur prétoire, à l'abri des passions suscitées par les intérêts politiques, est tel... que dans presque toutes les circonstances l'interprétation judiciaire de la Constitution a rallié l'opinion publique et que les législateurs eux-mêmes, parmi lesquels se trouvent toujours un grand nombre d'avocats, se sont inclinés devant les décisions qui atteignent directement leur œuvre. »⁽²⁸⁾. Nous sommes persuadé que l'idée d'autorité de chose jugée, autorité subordonnée à la réalisation de conditions formelles, est contenue dans ces lignes. Ce mot, d'ailleurs, se trouve sous la plume de M. Nérinx, à qui nous avons emprunté ces longues citations. Il écrit quelques pages plus loin : « Cette remarquable disposition à s'incliner devant *la chose jugée* et à la prendre pour règle de conduite publique se manifeste en toute occasion... »⁽²⁹⁾. Sans doute, l'auteur n'emploie pas le mot de chose jugée avec le sens très technique et précis que nous lui donnons. Mais cela n'enlève rien à la portée de la phrase. Les juristes américains, consciemment ou non, reconnaissent aux actes

(27) Duguit, *Traité*, 3^e éd., t. III, p. 725 et suiv.

(28) Nérinx, *op. cit.*, p. 42.

(29) Id., *ibid.*, p. 52.

juridictionnels préalables l'autorité de la chose jugée, et lui font produire des effets devant lesquels notre mentalité juridique française s'étonne.

Ajoutons que les plaideurs américains ont voulu mieux encore. Ils ont tenté d'utiliser *l'action déclaratoire* pour permettre de juger, *sous forme d'exception, c'est-à-dire dans un acte juridictionnel préalable*, de la légalité des lois. Nous avons autrefois montré que rien n'empêchait l'acte juridictionnel de constater les violations futures de la règle. Aussi peut-on admettre qu'un individu, dans *un procès simulé*, vienne demander si, en refusant d'obéir à telle loi qu'il estime inconstitutionnelle, il violera la règle de droit. Le cas s'est présenté aux Etats-Unis d'un plaideur essayant, par un acte juridictionnel préalable rendu à l'occasion d'un procès simulé, de faire juger de la constitutionnalité d'une loi. La Cour suprême des Etats-Unis a déclaré l'action irrecevable, reculant devant les conséquences qu'eût entraînées la chose jugée sur la base d'un procès fictif⁽³⁰⁾.

Nous trouvons donc, au sujet des actes juridictionnels préalables, une opposition entre les conceptions française et américaine sur l'autorité de la chose jugée. Cette opposition est analogue à celle que nous avons notée entre les conceptions anglaise et française au sujet des solutions de droit abstraites. Mais il semble que l'explication précédemment donnée ne suffise plus, qu'il ne soit plus admissible de dire : « le législateur a décidé qu'il pouvait accorder l'autorité de la chose jugée, parce qu'il ne s'agit pas d'un acte juridictionnel, parce qu'il ne s'agit que d'un *élément* d'acte juridictionnel, parce que le législateur est libre, en précisant certaines conditions formelles

(30) Voir Maynard, *L'action déclaratoire*, p. 57 et 58.

dont il est le maître, d'attribuer cette autorité à cet élément. » Il s'agit, ici, d'un acte juridictionnel répondant aux deux critères matériel et formel, à qui le législateur a peut-être le droit de ne pas étendre l'autorité, si l'on ne tient compte que de sa qualité d'élément, mais à qui il ne peut la refuser, si l'on tient compte de sa qualité juridictionnelle. En effet, d'après notre théorie tout au moins, il n'est pas le maître, dans cette dernière hypothèse, de l'accorder ou non. Sommes-nous donc acculés à condamner la solution française ?

Il faut choisir :

Ou bien l'on considérera dans l'acte préalable le caractère d'acte juridictionnel satisfaisant aux deux critères, et il faudra alors approuver la jurisprudence américaine, blâmer la pratique française, et dire que l'autorité de la chose jugée doit produire ses effets directs.

Ou bien l'on considérera dans cet acte préalable le caractère d'élément de l'acte juridictionnel, et on pourra alors, suivant la décision du législateur quant aux conditions formelles, lui accorder ou lui refuser les effets indirects de l'autorité. On expliquera la jurisprudence américaine en disant que le législateur a considéré comme satisfaisantes les conditions formelles auxquelles sont soumis les arrêts des Cours, et on expliquera la pratique française en renversant la proposition.

Des deux termes de l'alternative, c'est évidemment le second que nous choisirons. Car l'acte juridictionnel préalable *n'existe qu'en fonction de l'acte juridictionnel principal*. Si l'acte juridictionnel final n'avait pas été demandé par les parties au juge, l'acte préalable n'eût jamais existé. Il apparaît donc *comme un élément; et cela définit sa nature matérielle* ⁽³¹⁾.

(31) La Cour de cassation a su distinguer d'une façon parfaite l'acte

Ainsi, nous arrivons à conclure que, pour être tout à fait complet, notre critère matériel de l'acte juridictionnel demande à être formulé de la façon suivante : *il y aura acte juridictionnel quand une question de violation de la loi aura été posée à titre principal*. Si elle ne l'a été qu'à titre préalable, il n'y aura qu'élément d'acte juridictionnel.

Dès lors, l'acte juridictionnel préalable n'a pas, en tant qu'acte juridictionnel, *droit* à l'autorité. Tout au plus peut-il prétendre, comme tout élément, à *ce qu'on la lui donne*. Mais il faut que le législateur y consente, au prix des conditions formelles. Le législateur français ne consent à accorder cette autorité à aucun acte juridictionnel préalable, quelles que soient la juridiction et les garanties de compétence. Rien ne prouve qu'il n'ait pas raison.

juridictionnel préalable de l'acte juridictionnel lui-même dans un récent arrêt du 20 février 1931. Un individu ayant été condamné pour escroquerie fut poursuivi pour faux. Il opposa que le *crime de faux* avait été retenu comme l'un des éléments constitutifs du crime d'escroquerie et que, en conséquence, la règle *non bis idem*, qui est en matière pénale l'expression de l'autorité de la chose jugée, s'opposait à ce qu'il fût poursuivi à nouveau. La Cour suprême a déclaré que les deux crimes étaient distincts :

« Attendu, il est vrai, que dans la cause, l'usage faux par Ehré du mandat de 7.879 fr. 57 centimes falsifié a été considéré dans la première poursuite comme un des éléments du délit d'escroquerie; que si, pour cette raison, le crime d'usage de faux ne pouvait de ce chef être repris dans la nouvelle poursuite et ne l'a pas été, il n'en était pas de même relativement au crime de faux ayant consisté dans la fabrication de fausses signatures, sur ledit mandat; que ce crime, qui existe indépendamment de l'usage de faux, ne saurait être considéré comme rentrant dans les éléments constitutifs du délit d'escroquerie;... »

Cette décision de la Cour de cassation doit être approuvée sans réserve. Les juges du crime d'escroquerie avaient eu à constater *dans un acte juridictionnel préalable*, le crime de faux, pour pouvoir en déduire l'usage de faux, élément constitutif du crime d'escroquerie. Mais cet acte juridictionnel préalable, n'étant qu'un élément de l'acte juridictionnel lui-même, n'a pas droit à l'autorité de la chose jugée dans son effet direct, qui est d'interdire de reposer la même question de violation de la règle. Aussi pouvait-on, sans violer la règle *non bis in idem*, promouvoir cet acte juridictionnel préalable à la dignité d'acte juridictionnel véritable et en faire l'objet d'une action nouvelle. Voir D. H., 1931, p. 163.

CONCLUSION DES TITRES I ET II

SUR L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE

RAPPROCHEMENT ENTRE LA PORTEE DE L'ACTE JURIDICTIONNEL ET LA PORTEE DE LA DECISION CONSECUTIVE

Il n'est pas inutile de réunir les résultats obtenus.

Le premier est le suivant : l'acte juridictionnel ne peut avoir de valeur qu'*erga omnes*. De nombreuses raisons en ont été données qui se résument en une seule : l'acte juridictionnel a toujours pour rôle de constater s'il y a eu violation de la règle. Or une violation de la règle ne peut pas exister à l'égard de certaines personnes et n'exister pas à l'égard de certaines autres. Par l'intermédiaire de la violation de la règle, l'acte juridictionnel participe donc du caractère objectif de la règle de droit.

Il nous a paru indispensable, ensuite, de donner à l'acte juridictionnel une très grande stabilité. C'est pourquoi nous lui avons attribué l'autorité de la chose jugée, celle-ci

étant définie comme l'interdiction de recommencer un procès terminé. Du caractère objectif de l'acte juridictionnel, il résulte que cette autorité a une valeur absolue. Aussi personne ne peut-il mépriser la réponse à une question de violation de la règle.

L'autorité de la chose jugée énonce une interdiction : nous n'avons voulu, la formulant, que traduire la nécessité de rendre la fonction juridictionnelle utile. Cette nécessité s'impose au législateur. L'acte juridictionnel, déterminé grâce à deux critères sur lesquels le législateur ne peut rien, se voit attribuer *nécessairement* l'autorité de la chose jugée.

Ne pouvant être qu'absolue, cette autorité devrait entraîner certains résultats que notre jurisprudence repousse. Quelques exceptions, importantes à la vérité, mises à part, cette jurisprudence prétend ne faire jouer l'autorité qu'entre les parties au procès. Nous ne saurions l'approuver. Munir la réponse à la question de violation de la règle d'une autorité absolue nous permet d'arriver à des conséquences nouvelles, par exemple à l'égard des personnes civilement responsables et des compagnies d'assurances, conséquences que la jurisprudence devrait, à notre avis, accepter.

La solution de droit relative à la violation de la règle a donc une autorité spéciale. Mais elle n'est qu'une réponse à une question de droit, elle-même composée de solutions de droit abstraites, concrètes et, parfois, d'actes juridictionnels préalables. L'autorité dont elle est investie a donc une tendance à rejaillir sur ceux-ci.

Des solutions abstraites et concrètes, qui n'ont aucun caractère spécifiquement juridictionnel, nous dirons que, si leur nature ne leur donne pas un *droit* à l'autorité de la chose jugée, il peut paraître naturel de la leur *accor-*

der. Il faut toutefois que des conditions formelles relatives à la compétence du juge et à l'organisation de la procédure soient réalisées. Seul le législateur est juge de ces conditions, et, par leur intermédiaire, il accorde ou refuse aux solutions abstraites et concrètes l'autorité de la chose jugée.

La jurisprudence anglaise agit comme si le législateur avait déclaré les conditions formelles suffisantes pour que les solutions abstraites données par les tribunaux puissent avoir l'autorité. Cette autorité étant absolue, même à l'égard des agents, on aboutit à la pratique du précédent judiciaire.

La jurisprudence française agit comme si le législateur français avait refusé l'autorité aux solutions abstraites et concrètes. Une exception serait faite, en faveur du contentieux pénal, pour les solutions concrètes. Toutefois, certaines solutions seulement en bénéficieraient, celles qui seraient exprimées dans « les motifs faisant corps avec le dispositif ».

Quant aux actes juridictionnels préalables, ils se trouvent dans une situation complexe. Par leur nature juridictionnelle, ils semblent avoir droit à l'autorité; mais il suffit de remarquer qu'ils n'existent qu'en fonction de l'acte juridictionnel principal pour faire apparaître leur qualité d'« éléments ». C'est pourquoi on doit leur appliquer la règle générale. Le législateur est donc libre de déclarer que, certaines conditions formelles réalisées, ces actes préalables auront l'autorité de la chose jugée. La jurisprudence américaine agit comme si le législateur en décidait ainsi. Des actes juridiques (par exemple des lois) en arrivent, tout en subsistant, à être paralysés par les effets indirects de la chose jugée.

Si, maintenant, nous rentrons dans le cadre du droit français, et si nous nous attachons spécialement aux solutions concrètes, qui, *seules*, ont intéressé la doctrine et la jurisprudence françaises au point de vue chose jugée, nous arrivons, avec notre théorie, à des résultats nouveaux.

Nous rejetons d'abord la notion de « motifs faisant corps avec le dispositif ». Toute solution concrète contenue dans un acte juridictionnel devrait bénéficier de l'autorité de cet acte.

Nous croyons, ensuite, qu'accorder l'autorité aux solutions concrètes est un minimum de générosité. Que le législateur français ne l'accorde qu'aux solutions de cette catégorie, loin d'y voir quelque inconvénient, nous serions bien près de l'approuver. Mais qu'il veuille appliquer à l'immense majorité des solutions concrètes une théorie de l'autorité relative, ce qui, nous l'avons dit, revient probablement à nier l'autorité elle-même, nous ne pouvons l'accepter. La logique ne peut s'accommoder que de la solution contraire, et l'étude de la jurisprudence montre à quels trésors d'ingéniosité on a dû faire appel pour obtenir des résultats, naturels dans notre théorie, contradictoires et fragmentaires dans la théorie de l'autorité relative.

Grâce à l'autorité absolue, d'inextricables difficultés, comme celles relatives aux questions d'état, disparaîtraient. On obtiendrait une cohésion des différentes décisions judiciaires profitable à la dignité des organes et à la sécurité sociale. Enfin, le juge prendrait une conscience claire de la valeur des motifs qui, cela ne saurait faire de doute, sont aujourd'hui beaucoup trop négligés.

N'aurions-nous pas démontré la nécessité d'accorder à l'acte juridictionnel une valeur *erga omnes*, d'attribuer

une portée absolue à l'autorité de la chose jugée, que nous pourrions l'induire, sachant quelle portée doit avoir *la décision consécutive*. Nous avons vu, en effet, que l'acte juridictionnel ne fait que conditionner la décision réparatrice de la violation de la règle. Or cette décision consécutive, nous allons l'établir rapidement, ne peut avoir qu'une portée absolue. Est-il concevable que l'acte qui la conditionne n'ait parfois qu'une portée relative ?

Nous savons que la décision consécutive est un acte de la fonction d'exécution. Il a donc la portée de tous les actes de cette fonction. Peu importe qu'il soit acte subjectif, acte-condition, acte-règle. Personne ne peut l'ignorer, parce que, d'abord, personne n'a le droit d'ignorer ou de mépriser un acte fait par un agent de l'Etat dans l'exercice de ses fonctions, parce que, ensuite, toute personne peut avoir, un jour ou l'autre, soit à invoquer un acte auquel elle ne fut pas partie, soit à en subir les effets, et ceci quelle que soit la qualité de l'auteur, privée ou publique.

Prenons le cas extrême, donc particulièrement probant, de l'acte subjectif. Quand elle sera acte subjectif, la décision consécutive créera un lien de droit ou une série de liens de droit subjectifs entre des personnes déterminées. Or, nous avons eu l'occasion d'exprimer et d'utiliser souvent la proposition suivante : le fait qu'un lien de droit ne relie que deux personnes déterminées et crée des obligations passagères n'autorise pas à conclure qu'un tiers puisse *ignorer* ce lien de droit. Du jour où il aura intérêt à le connaître, il pourra l'invoquer. L'action indirecte de l'article 1166 du Code civil en est une application. Et, du jour où il y aura intérêt à l'invoquer contre lui, il devra le respecter. Une conséquence se trouve dans l'action pau-

lienne de l'article 1167. Le créancier qui voit son débiteur passer une convention en fraude de ses droits avec un tiers complice peut faire révoquer cette convention. La procédure de saisie-arrêt est aussi une preuve décisive de la valeur *erga omnes* du lien de droit subjectif.

La décision consécutive doit donc être regardée comme ayant une portée générale. Et ceci apporte un nouvel argument en faveur de la théorie de l'autorité absolue de la chose jugée : l'acte juridictionnel, condition de la décision consécutive, ne peut avoir moins de valeur qu'elle.

Il importe, pour finir, de rappeler que le problème de la portée de la décision consécutive ne peut être un problème de chose jugée, puisque le caractère de cet acte n'est pas juridictionnel. Se demander si un acte est opposable à toute personne, ou à certaines personnes seulement, est tout autre chose que se demander si on aura le droit de revenir sur une question déjà résolue. Or c'est en ceci seulement que réside le problème de l'autorité de la chose jugée (1).

(1) C'est sur la confusion de ces deux problèmes distincts que Duguit a construit sa théorie de l'autorité de la chose jugée. Voir *Traité*, t. II, § 30 et 31.

TITRE III

L'AUTORITÉ ABSOLUE EN PRÉSENCE DES TEXTES ET DES VOIES DE RECOURS

Nous arrivons à l'un des points critiques de notre thèse. Nous rappelons que, dans notre introduction, nous avons dit quelle méthode nous entendions suivre. Il nous semblait que trop de contradictions, d'obscurités, se révélaient dans la jurisprudence pour que l'on pût essayer d'en dégager des principes solidement établis. C'est pourquoi il nous fallait en revenir à une méthode constructive et logique. Mais nous remarquions aussitôt qu'il serait nécessaire d'en confronter les résultats avec la réalité.

Or, pour le théoricien du droit, la « réalité » réside dans les textes de lois interprétés par la jurisprudence. C'est là qu'on peut découvrir quelles institutions juridiques fonctionnent effectivement dans un pays déterminé. Nous devons donc, après avoir présenté une théorie sur l'autorité de la chose jugée, voir comment le législateur, aidé des tribunaux, a organisé cette institution juridique.

Notre théorie de la chose jugée nous a conduit à deux grandes conclusions :

- 1° L'autorité doit être *absolue*;
- 2° Elle interdit de reporter le même procès devant
toute juridiction.

L'objet de ce titre troisième et dernier sera donc l'étude des textes qui fixent la portée de l'autorité de la chose jugée, puis celle des voies de recours, vaste système d'exceptions apporté à l'interdiction de revenir devant la justice pour faire juger à nouveau le même procès.

CHAPITRE PREMIER

LES TEXTES

Notre théorie affirme que l'autorité de la chose jugée est toujours absolue (le cas de contentieux subjectif ne pouvant apporter que la limite tracée par la notion d'intérêt). Elle est donc en contradiction avec la thèse classique, qui affirme le principe de la relativité de la chose jugée. Or cette thèse classique repose sur un texte : l'article 1351 du Code civil.

Il faut donc voir si nos conclusions et l'article 1351 peuvent être conciliés. Nous croyons que cette conciliation n'offre pas de difficultés.

Nous allons rassembler d'abord trois remarques essentielles, sur lesquelles repose notre démonstration.

PREMIÈRE REMARQUE. — Il est banal de faire ressortir la place occupée par l'article 1351, de souligner son rang à la section III du chapitre IV intitulé : « De la preuve des obligations. » De très nombreux auteurs ont émis l'idée que cet article ne devrait trouver application qu'en matière de *contrats*. Sous cette forme, l'affirmation nous paraît partiellement fausse. Il faut dire que l'article 1351 ne trouve son application *que dans le cadre du contentieux subjectif*, c'est-à-dire quand on pose une question de violation de la règle qui commande le respect des situations subjectives.

Or les situations subjectives peuvent naître autrement que pas contrat.

Le législateur a intitulé le titre troisième du livre III du Code civil de la façon suivante : « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général. » Pouvons-nous en déduire ses intentions quant à la portée de l'article 1351 ? Nous ne le pensons pas. Le législateur ignorait la distinction précise des situations subjectives et objectives. Tout au plus possédait-il la notion de *status*. Et si l'on s'en rapporte aux *mots*, il semble bien que l'article 1351 ne puisse s'adresser qu'aux obligations naissant de contrats.

Quoi qu'il en soit de discussions purement exégétiques, nous pensons que l'article 1351 ne peut être interprété que dans le cadre du contentieux subjectif. Il nous fallait placer cette première remarque, dont la justification apparaît dans le cours des pages suivantes, en tête de notre démonstration.

DEUXIÈME REMARQUE. — Toutes les difficultés rencontrées par la doctrine et la jurisprudence en matière d'autorité de la chose jugée proviennent peut-être de ce qu'on n'a pas distingué les effets directs et indirects de cette autorité. Elle a d'abord, avant tout, un rôle *négatif*, interdire de reporter devant la justice le même procès, procès défini par une certaine question de droit principale relative à la violation de la règle. *Tous les autres résultats que l'on peut en faire découler ne sont qu'effets indirects de cette interdiction.*

Cette interdiction est traduite par les termes de l'article 1351. « Il faut que la chose *demandée*... » Nous lisons bien : « *demandée* ». Le demandeur formule sa prétention, pose la question de violation de la règle de droit. A ce moment, et à ce moment seulement, la chose jugée fonctionne, ou, mieux, peut fonctionner. En d'autres termes, la

chose jugée ne fonctionne réellement que sur le *fond* de l'affaire, sur l'objet du procès. Dès que l'on veut, pour établir un fait, utiliser une solution concrète déjà contenue dans un autre acte juridictionnel, élément dont on dit communément qu'il a acquis l'autorité de la chose jugée, on fait appel, non pas à cette autorité, *mais à l'un de ses effets indirects*.

L'autorité de la chose jugée n'a d'application qu'au sujet de la « demande », ce qui signifie demande de constatation de la violation d'une règle.

TROISIÈME REMARQUE. — Il est nécessaire de rappeler la distinction des contentieux.

La notion de situation objective, situation dont la violation sert de fondement à la notion de contentieux objectif, est totalement indépendante de l'individu. Elle est l'œuvre de la règle, et rien que de la règle. Elle ne revêt aucune forme que l'intelligence d'un individu ait choisie.

La notion de situation subjective, situation dont la violation sert de base au contentieux subjectif, est toute différente. La situation subjective vise des *individus désignés*. La notion de situation objective suppose au contraire une interchangeabilité des individus, et c'est pourquoi la notion d'individu lui est indifférente. La situation subjective désigne des individus et ne permet pas de revenir sur cette désignation.

Nous devons déduire de tout cela que, s'il existait un texte qui organisât l'autorité de la chose jugée en matière de contentieux objectif, il ne pourrait faire place à la notion d'individu, puisque cette notion est indifférente aux situations objectives. D'autre part, nous avons un texte qui règle l'autorité de la chose jugée en matière de contentieux subjectif. La situation subjective étant liée à la notion

d'individu, celle-ci apparaîtra sans doute dans le texte en question. Effectivement, nous trouvons dans l'article 1351 le mot de « parties ».

Nous avons maintenant tous les éléments nécessaires pour expliquer l'article 1351. Nous allons raisonner sur un cas concret. Soit un contrat par lequel A devient créancier de B d'une somme x. A stipule de C qu'il sera codébiteur solidaire de B. Une difficulté d'exécution survient entre A et B. Il y a procès. B est condamné. L'acte juridictionnel aura-t-il autorité à l'égard de C (nous supposons que C n'a pas été mis en cause)? La réponse varie aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence.

1° En doctrine, nous relevons les opinions suivantes :

Première opinion. — Chaque codébiteur solidaire *représente* les autres codébiteurs pour améliorer leur situation, non pour l'empirer. La chose jugée profite donc aux codébiteurs et ne peut leur nuire ⁽¹⁾.

Deuxième opinion. — La chose jugée n'a jamais d'effet à l'égard des codébiteurs solidaires ⁽²⁾.

Troisième opinion. — Les décisions rendues pour ou contre l'un des codébiteurs solidaires ont, sans distinction, force de chose jugée pour ou contre tous les codébiteurs ⁽³⁾.

2° La jurisprudence a toujours admis qu'une décision en faveur d'un codébiteur peut être invoquée par les autres.

Mais il y a partage dans le cas où la décision nuit au codébiteur. Les décisions suivantes se prononcent contre l'opposabilité :

(1) Duranton, t. XIII, n° 250; Marcadé, sur l'art. 1351, n° 13; Aubry et Rau, t. 8, p. 769.

(2) Demolombe, t. 26, n° 190, 366 et sq., 628. — Larombière, t. 7, sur l'art. 1351, n° 100.

(3) Demante et Colmet de Santerre, t. V, n° 328 bis.

Paris, 12 prairial an X (R., 268.);

Toulouse, 23 févr. 1827 (R. Oblig., 1423);

Cass. civ., 15 janv. 1839 (R. Oblig., 1422 1°);

Toulouse, 7 avril 1840 (R., 268);

Limoges, 9 déc. 1842 (R. Oblig., 1422 2°);

D'autres décisions sont en faveur de l'opposabilité :

Dijon, 28 déc. 1871 (D. P., 72. 2. 194);

Cass. civ., 28 déc. 1871 (D. P., 82. 1. 377); 1^{er} déc.
1885 (D. P., 86. 1. 251-252).

Le rapprochement des dates suffit à montrer l'évolution vers l'opposabilité, c'est-à-dire vers *l'autorité absolue*. Contentons-nous de constater que, dans l'hypothèse choisie, il s'est trouvé des juges et des auteurs pour soutenir l'une et l'autre solution ⁽⁴⁾. Analysons maintenant l'espèce

Quand le tribunal a tranché la question de violation de la loi qui s'est posée entre A et B, il a fait un acte juridictionnel. Cet acte porte sur la violation du lien de droit qui réunit A et B, et il ne porte sur rien d'autre. Il a l'autorité de la chose jugée : pour nous, cela signifie qu'il est oppo-

(4) Si nous avons cité au texte un certain nombre d'arrêts, c'est que leurs dates constituent l'élément intéressant. Notre énumération s'est arrêtée à l'année 1885, parce qu'il est hors de doute que, à ce moment-là, la jurisprudence était fixée. Depuis, cette jurisprudence ne s'est point démentie. (Civ., 25 mars 1902, D. P., 1905. 1. 325. S., 1903. 1. 484; 6 janvier 1919. *Gaz. trib.*, 6 juillet 1919). Nous rappelons que la jurisprudence, pour justifier son attitude, a recours à différents systèmes. Elle reprend l'idée du contradicteur légitime et dit que « chacun des codébiteurs solidaires doit être considéré comme le contradicteur légitime du créancier et le représentant nécessaire de ses coobligés ». Au fond, c'est principalement l'idée de *représentation mutuelle* qui est aujourd'hui utilisée. (Voir Colin et Capitant. 4^e éd., t. II, p. 188 et sq, et la thèse de M. Madray : *Essai d'une théorie générale de la représentation*. Bordeaux, 1931). Nous croyons que le système de l'autorité absolue des jugements vient simplifier toute cette question.

Nous devons indiquer que le projet de Code latin des obligations marque une régression sur l'état actuel de notre jurisprudence. Les codébiteurs solidaires ne pourraient plus se voir opposer et ne pourraient plus invoquer la chose jugée entre le créancier et l'un d'eux.

sable à tous, et, spécialement, à C. *Mais une violation du lien de droit qui réunit C, codébiteur solidaire, et A, créancier, n'a fait, en aucune façon, l'objet du procès.*

Supposons maintenant qu'une difficulté s'élève entre A et C. Cette difficulté, qui sera peut-être source de procès, ne peut pas naître au sujet de la violation du lien de droit qui réunit A et B, puisque, sur ce point, il y a un jugement muni d'une valeur *erga omnes*. Il ne peut naître qu'au sujet de la violation du lien de droit AC. *Ceci revient à dire que, en changeant de partie, nous avons, ipso facto, changé d'objet.*

Le point essentiel de la démonstration est là. C ne saurait entamer une procédure pour poser le problème de la violation du droit AB, puisque, en vertu de l'effet négatif, le jugement survenu lui est opposable. Il ne peut le faire qu'en vue d'un objet nouveau. L'objet du premier procès était la constatation de la violation du lien de droit AB; il est atteint. L'objet du second procès est nécessairement différent. Car, en admettant que C veuille discuter le lien AB (ce qu'il n'a pas le droit de faire en vertu de la chose jugée), il n'en aura pas moins violé le lien de droit AC. Et constater cette violation constitue un objet différent de l'objet du premier procès. L'existence du lien AB, que C ne peut discuter, ne soulèvera qu'une question concrète.

En matière de situation subjective, il y a autant de liens de droit que de personnes. Chaque fois qu'une personne nouvelle apparaît, il naît un nouveau procès et l'on demande au juge de constater la violation d'un nouveau lien de droit. Cette violation est entièrement distincte des violations des autres liens subjectifs que des actes juridictionnels antérieurs auront eu pour mission de constater.

La fonction juridictionnelle a besoin, pour jouer un rôle

efficace, de l'autorité de la chose jugée. Cette autorité interdit de poser à nouveau une question principale déjà résolue et définie par un certain objet, la constatation d'une certaine violation. Or, en matière de contentieux subjectif, *l'objet d'un procès est intimement lié aux parties*. L'effet négatif ne peut donc plus jouer quand une partie change, parce que, avec elle, l'objet a changé.

Lisons maintenant l'article 1351 :

« L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose *demandée* soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité ».

Nous devons admirer l'exactitude avec laquelle le législateur de 1804 a exprimé dans son texte les conclusions fournies par l'analyse du contentieux subjectif. Il est hors de doute que la distinction des contentieux lui est totalement inconnue. Il agit pourtant comme s'il la connaissait. « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement », telle est la première phrase de l'article 1351. Elle exprime une vérité très simple : on ne peut faire jouer l'autorité à propos d'autre chose que l'objet du jugement. Quant à la seconde phrase de l'article, elle apparaît scindée en trois parties par des points-virgules. *Elle est une énumération des moyens de reconnaître qu'il y a changement d'objet*. 1° Au lieu de demander de constater une certaine violation de la loi, on demande d'en constater une autre. 2° On demande de constater la violation d'un lien de droit qui réunit des personnes entre lesquelles un jugement est déjà survenu : ce premier jugement avait nié la violation du lien de droit de vendeur à acquéreur, le second constatera peut-être celle du lien de donateur à donataire. Avec la cause l'objet

a varié. 3° On demande de constater la violation du lien de droit qui existe entre Pierre et Paul au lieu de constater celle du lien qui existe entre Pierre et Jacques. L'objet change encore parce que, dans le cadre du contentieux subjectif, le lien de droit n'admet pas l'interchangeabilité des personnes. On croirait, à lire ce texte, que le législateur avait la prescience de l'analyse des situations subjectives.

Nous insistons sur un fait : nous ne parlons que de l'objet de la demande, de la solution de la question principale et de l'autorité qui s'attache à cette solution. *Si nous passons à l'autorité des solutions concrètes, le raisonnement précédent devient impossible.* Car il ne s'agit plus d'arrêter une action, il s'agit de se prévaloir de ce qui est déjà déposé dans un acte juridictionnel. La solution donnée à une question concrète devrait toujours avoir, dans notre droit, une valeur égale à l'égard de tous. La notion de partie ne peut, en aucune façon, s'introduire ici. On ne veut plus faire respecter *l'objet d'un acte juridictionnel*, puisqu'on ne parle que de solutions concrètes. On veut seulement utiliser l'affirmation d'un fait au regard du droit, affirmation déjà contenue dans un acte juridictionnel et protégé par l'effet indirect de l'autorité. La notion *d'objet* de l'acte juridictionnel disparaît et, avec elle, la notion de partie qui lui est, en matière de contentieux subjectif, associée.

Dans la mesure où l'on a su distinguer la solution principale, objet de l'acte juridictionnel, et les solutions concrètes, on a toujours trouvé naturel de faire régir l'autorité de la première et l'autorité des secondes par l'article 1351 du Code civil. Une pareille attitude ne peut être admise. Le texte, d'ailleurs, paraît fort clair. La première phrase s'interprète aisément : le législateur a voulu pro-

hiber que deux procès successifs n'aient le même objet, ne portent sur la même demande. En admettant qu'on n'ait pas compris ce qu'est l'objet d'un procès (une constatation de violation de la règle), il paraît impossible de ne pas saisir que les objets de deux procès diffèrent, bien que l'on veuille utiliser dans le second un fait démontré au cours du premier. Les tendances exégétiques de la doctrine et de la jurisprudence au *xix^e* siècle auraient dû mieux guider les auteurs. Le rapport de Bigot-Préameneu est aussi clair que l'article 1351 lui-même ⁽⁵⁾. On aurait dû bien voir que tout ce que l'article 1351 pouvait introduire de « relatif » n'avait de sens que pour l'objet de l'acte juridictionnel. D'après la lettre du texte, cela ne peut avoir aucun rapport avec les faits qui sont consignés dans cet acte juridictionnel.

Nous tenons beaucoup à ce qu'on ne nous fasse pas dire ce que nous ne voulons pas dire. Que les rédacteurs du Code civil aient entendu consacrer l'autorité relative de la chose jugée, nous en convenons sans peine. Mais qu'ils aient entendu l'exprimer dans l'article 1351, cela nous paraît moins sûr. Qu'ils aient confondu, enfin, l'autorité de l'objet de l'acte juridictionnel et des faits qui y sont consignés, cela nous paraît totalement faux.

Nous croyons pouvoir affirmer que les besoins de la

(5) Rapport de Bigot de Préameneu, orateur du gouvernement, sur l'autorité de la chose jugée (Locré. Législation de France, t. XII, com. VIII, n° 215 et sq. p. 409).

N° 216. « Le code judiciaire détermine les jugements qui ne sont plus susceptibles d'être attaqués : on a posé dans le Code civil la règle suivant laquelle l'autorité de la chose jugée ne doit avoir lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même, que la demande soit fondée sur la même cause, que cette demande soit entre les mêmes parties et formées par elles ou contre elles en la même qualité. Si toutes ces circonstances ne se rencontrent pas, on ne peut pas dire que le second jugement qui serait rendu serait le même que le premier, et la loi n'aurait plus un motif suffisant pour présumer que le premier jugement suffit. »

logique, les nécessités de la pratique contraignent impérieusement à accepter l'autorité absolue. Nous pensons que celle-ci pourrait être consacrée par la doctrine et la jurisprudence sans qu'il soit nécessaire de modifier un mot au texte de l'article 1351.

Si l'article 1351 a toujours été la base principale sur laquelle s'appuie la théorie de l'autorité relative, il est un autre texte qu'on n'oublie jamais d'invoquer. C'est l'article 100 du Code civil.

« Les ordonnances, jugements et arrêts portant rectification ne pourront, dans aucun temps, être opposés aux parties intéressées qui ne les auraient point requis ou qui n'y auraient pas été appelées. »

Cet article ne s'applique qu'aux actions en rectification d'état civil. Il est banal de faire remarquer que, de ces actions aux actions d'état proprement dites, il n'y a qu'un pas. Au point qu'il est parfois bien malaisé de les distinguer. D'où l'argument : l'article 100, qui vise les actions en rectification d'état civil, actions moins importantes que les actions d'état proprement dites, énonce une règle qui doit s'appliquer, *a fortiori*, à ces dernières. Cet argument est utilisé par la Cour de cassation dans son arrêt de 1925.

Nous rappelons que M. Savatier, dans sa note au *Dalloz périodique* (1925. 1. 201) a formulé contre cet argument une réponse définitive. Cet article est en contradiction formelle avec l'article 837 du Code de procédure civile, qui ordonne à l'officier de l'état civil de ne délivrer que des extraits conformes aux rectifications survenues. Aucune distinction n'est faite entre les parties et les tiers. L'article 100 est donc inappliqué parce que rigoureusement inapplicable.

Quelle valeur faut-il lui accorder ? Celle d'un témoin.

Que le législateur ait entendu consacrer l'autorité relative, ainsi que nous l'avons déjà dit, cela n'est point douteux. On ne remonte pas d'un coup le courant de vingt siècles d'histoire juridique. L'article 100 est la preuve d'une habitude. Mais, dans un autre texte, le bon sens a retrouvé force de loi, et seul ce dernier se voit obéi. L'article 100 n'est qu'une survivance, le témoin d'un passé que la jurisprudence et la doctrine auraient le plus grand intérêt à considérer comme révolu.

CHAPITRE II

LES VOIES DE RECOURS

SECTION PREMIERE

LA CLASSIFICATION DES VOIES DE RECOURS

§ 1. — Position du problème.

Une théorie des voies de recours trouve naturellement sa place dans une étude sur la chose jugée. Qui dit l'un dit l'autre. Affirmer, au nom de l'autorité de la chose jugée, la stabilité nécessaire des actes juridictionnels conduit à méditer sur les voies de recours. Le but de celles-ci n'est-il pas, justement, de faire s'écrouler, par des modes variés, l'édifice déclaré inébranlable ?

L'étude des voies de recours est particulièrement délicate. Une synthèse en est presque impossible. Les traités de procédure se contentent de commenter les textes. Une classification entre voies de recours ordinaires et voies de recours extraordinaires est classiquement utilisée. De nombreux auteurs en ont déjà montré la fragilité.

Nous croyons que, du point de vue chose jugée, on peut arriver à une conception et à une classification nouvelles. Nous ne prétendons pas que cette classification soit, à tous égards, impeccable, que le pourvoi en cassation,

au sujet duquel naissent les plus grosses difficultés, puisse cadrer exactement avec les catégories que nous allons proposer. Mais cette classification nous paraît utile : elle permet de présenter les voies de recours comme le complément nécessaire de notre théorie de l'acte juridictionnel et de la chose jugée. Le Code de procédure civile permet d'affirmer que le législateur, dont la volonté de consacrer l'autorité relative n'est pas douteuse, a corrigé cette erreur, et organisé un système de voies de recours inexplicable pour qui n'accepte pas l'autorité absolue.

Nous pensons que les règles de droit ne varient point avec la matière juridique, qu'une théorie complète et cohérente de la juridiction doit puiser ses arguments dans le droit civil, dans le droit pénal, comme dans le droit public. Or il est une voie de recours qui, suivant l'endroit, porte des noms variés. Il est donc nécessaire d'unifier un peu. Cette voie de recours existe dans tous les domaines : en matière pénale, elle porte le nom de révision (art. 443 C. inst. crim.). En matière civile, elle devient la requête civile (art. 480 C. proc. civ.). En matière administrative, enfin, elle devient le recours en révision (Décr. 22 juill. 1806, art. 32 et suiv. L. 24 mai 1872, art. 23). Nous ne garderons que le nom de *révision*. Dans tous les cas, le principe est le même. On accorde au plaideur le droit de reporter le même procès devant la même juridiction. On lui demande seulement d'exhiber un fait nouveau, un élément de nature à montrer que le premier jugement constitue une erreur judiciaire. Il est vrai que les textes prévoient des cas de révision ne répondant pas à cette condition : nous aurons à les examiner. Cette voie de recours reçoit des applications plus ou moins larges suivant la branche du droit. Facilement ouverte en matière pénale, elle paraît

plus strictement accordée en matière civile et surtout administrative. Nous aurons à traiter du caractère limitatif des textes, et à le combattre.

En unifiant, sur ce point, la terminologie, nous ne faisons que suivre l'exemple du projet de modification du Code de procédure civile proposé en 1894.

Le problème des rapports de l'autorité de la chose jugée et des voies de recours se complique en raison de la confusion grave que l'on commet souvent entre l'autorité et le caractère définitif des jugements. La distinction est faite depuis longtemps. Doctrine et jurisprudence la connaissent, et, malheureusement, la négligent. Sans doute, une mauvaise terminologie est-elle, là encore, responsable : l'expression de « jugements passés en force de chose jugée », par laquelle on désigne les jugements à l'abri de l'appel et de l'opposition, est trop proche de l'expression « jugements ayant l'autorité de la chose jugée », pour que de fréquentes erreurs n'en résultent pas. M. Plassard le note très justement ⁽¹⁾. Pourtant la distinction est facile. Lacoste l'indique avec précision et paraît y rester fidèle ⁽²⁾.

Les auteurs allemands estiment que l'acte juridictionnel ne peut avoir l'autorité de la chose jugée que si le jugement est devenu définitif. Ils disent alors qu'il a *l'autorité formelle* ⁽³⁾. M. Bonnard enseigne la même théorie

(1) Plassard, *Ouvertures communes à cassation et requête civile* (thèse Paris, 1924, p. 10 et suiv.)

(2) Voir nos 11 et suiv. et 1287.

(3) « Die formelle Rechtskraft einer Entscheidung tritt, wenn gegen sie weder ein Rechtsmittel noch der Einspruch zulässig ist (so z. B. die auf Grund streitiger Verhandlung ergehenden Urteile des Reichsgerichts und des Landgerichts in der Berufungsinstanz), sofort mit Erlass der Entscheidung, sonst mit Ablauf der Rechtsmittel oder Einspruchsfrist oder mit dem Verzicht der Parteien auf die zulässigen Rechtsbehelfe ein. » (Goldsmidt, *Zivilprozessrecht*, p. 115.)

et écrit : « Il y a autorité formelle lorsque le jugement est définitif. Elle consiste en ce qu'il n'y a plus aucun moyen de droit sous la forme d'un recours juridictionnel direct ou indirect, pour remettre en discussion ce qui a été décidé. » (4).

Nous croyons qu'une séparation radicale doit être opérée entre les deux notions de jugement susceptible d'être attaqué par une voie de recours et de jugement ayant l'autorité de la chose jugée. A cette règle, nous apporterons des exceptions. Mais, ces exceptions mises à part, on doit *affirmer que tout jugement, définitif ou non, a l'autorité* (5). L'idée de fonction étatique, source de la notion d'autorité de la chose jugée, n'introduit pas celle de décision définitive. Rien ne nous autorise à déformer la définition qu'elle nous a fournie. L'autorité de la chose jugée est un attribut spécifique de la réponse à la question de violation de la loi, qui interdit *de reporter devant une juridiction la même question principale*. Et cette autorité est négative. Une telle définition ne nous permet pas d'approuver la conséquence capitale que l'on fait découler de la distinction classique des voies de recours ordinaires et extraordinaires. L'ouverture d'une voie de recours ordinaire empêche, dit-on, l'attribution de l'autorité au jugement attaqué, et celle d'une voie extraordinaire ne l'empêche pas. Pour qu'il en soit ainsi, il faudrait que, en frappant un jugement d'appel, voie de recours considérée comme ordinaire, on acquière le droit de reporter la même affaire devant le même tribunal ou un tribunal de degré égal. Jamais personne n'a pensé porter une pareille

(4) Bonnard, *Précis*, p. 127.

(5) Pour l'historique, qui vient à l'appui de notre thèse, voir Lacoste n° 15.

atteinte à l'autorité de la chose jugée. Tout au plus peut-on dire que la voie de l'appel introduit une restriction à l'autorité de la chose jugée.

Nous pensons donc que la règle doit être : tout jugement, susceptible ou non d'une voie de recours, possède l'autorité de la chose jugée. Nous allons voir que le législateur a apporté des exceptions. Mais nous tenions à montrer, par l'exemple de l'appel, la différence irrémédiable qu'il y a entre les notions de jugement définitif et de jugement ayant l'autorité.

Avant d'indiquer les catégories de notre classification des voies de recours, il nous faut faire deux observations importantes.

1° Il faut distinguer les effets de l'utilisation d'une voie de recours et les effets de la possibilité d'utilisation de cette voie de recours.

Toute voie de recours doit être utilisée dans un certain délai, dont le point de départ est variable, surtout en matière de révision. Tant que ce délai n'est pas écoulé, on ne peut dire si la voie de recours sera ou ne sera pas utilisée. Quel peut être l'effet de cette incertitude sur l'autorité de la chose jugée? Nous verrons que l'éventualité de l'utilisation d'une voie de recours ne peut avoir aucune influence sur l'autorité de la solution principale, mais qu'elle suspend l'autorité des solutions concrètes.

Une voie de recours ayant été utilisée, un appel formulé, un pourvoi en cassation introduit, quels effets va avoir l'utilisation de cette voie de recours sur l'autorité? C'est là une question très différente de la précédente. Nous verrons que, dans certains cas, elle porte atteinte à l'autorité de la solution principale.

2° Notre classification des voies de recours ne s'adresse

qu'à la législation française et à l'interprétation qu'en donne la jurisprudence.

Notre étude des voies de recours se cantonne exclusivement dans le droit français. C'est pourquoi, en ce qui concerne les éléments constitutifs de la question principale, nous rentrons dans les limites des solutions concrètes, les seules auxquelles la jurisprudence attribue l'autorité. Cette jurisprudence n'est d'ailleurs vraiment expressive qu'en matière de contentieux de la répression, puisque, en dehors de celui-ci, on ne peut parler d'autorité qu'entre les parties.

§ 2. — Les deux classes de voies de recours

Nous nous proposons de classer les voies de recours en deux catégories :

1° Les voies de recours qui portent atteinte, de façon ou d'autre, à l'autorité de la chose jugée. Ce sont l'opposition, l'appel, le pourvoi en cassation. Il faudra, naturellement, distinguer l'autorité de la réponse à la question de violation de la loi et l'autorité des solutions concrètes.

2° Les voies de recours qui ne portent pas atteinte à l'autorité de la chose jugée. Ce sont la révision et la tierce opposition.

Nous avons posé la règle que tout acte juridictionnel, définitif ou non, avait droit à l'autorité de la chose jugée. La première voie de recours qui fasse exception à cette règle est l'opposition. Une question de droit principale a été résolue dans certaines conditions de fait, avec certains éléments qui ont permis au juge de se former un concept déterminé de l'affaire. Mais une partie ne participait pas à l'instance, ce qui, juridiquement parlant, s'exprime

ainsi : elle faisait défaut. Le principe de l'autorité de la chose jugée (peu importe ici que cette autorité soit relative ou absolue, puisqu'il s'agit d'une partie) commande que la question principale, une fois résolue, ne puisse être posée de nouveau à une juridiction. Logiquement, la partie, encore qu'elle soit défaillante, ne devrait pas avoir le droit de faire recommencer le procès. La loi en a décidé autrement. Le seul fait de comparaître dans un délai fixé entraîne la disparition du jugement, et l'affaire est reprise à pied d'œuvre devant le même tribunal.

Aucune raison *logique* ne permet de justifier cette exception à l'autorité négative de la chose jugée. Rien ne prouve que le juge ne s'est pas fait du procès une image exactement conforme à la réalité. Rien ne dit que l'opposition aura pour résultat de le conduire à une question principale différente de la première, et, ensuite, à une solution nouvelle. Pourtant il faut approuver le législateur, et sans réserve, d'avoir organisé cette voie de recours. Si le souci d'assurer l'efficacité de la fonction juridictionnelle nous inspire d'attribuer à ses actes une autorité spéciale, rien ne prouve que cette autorité soit affranchie de toute limite. Dans le cas de procédure par défaut, on ne peut, parce que son adversaire ne comparaît pas, refuser justice au plaideur. Mais on doit faire la part des multiples chances d'erreurs qui accompagnent l'absence de contradiction. On doit donner au jugement par défaut un caractère presque provisoire, et s'efforcer de corriger promptement l'erreur qu'on a pu commettre. *Nous retiendrons donc que l'opposition est une voie de recours qui porte atteinte à l'effet négatif de la chose jugée.*

Il va sans dire qu'un jugement frappé d'opposition voit l'autorité des solutions concrètes disparaître avec l'au-

torité de la solution de la question principale. Mais ne doit-on pas se demander si la possibilité de faire opposition ne suspend pas, elle aussi, l'autorité des solutions concrètes? En d'autres termes, l'autorité de ces solutions peut-elle apparaître avant l'expiration du délai pendant lequel l'opposition est possible? Quelques auteurs affirment que les jugements susceptibles d'opposition ne peuvent avoir l'autorité de la chose jugée ⁽⁶⁾. Il n'est pas douteux que ces auteurs voient des actes juridictionnels où il n'y a que des solutions concrètes. Et nous tomberons d'accord avec eux pour refuser l'autorité aux solutions concrètes des actes juridictionnels susceptibles d'opposition. Nous dirons donc que, selon nous, le législateur français a décidé que *l'autorité des solutions concrètes serait suspendue jusqu'à la réalisation de la condition qu'est l'écoulement du délai sans opposition*.

En définitive, l'opposition est une voie de recours qui apporte une exception à l'autorité de la chose jugée. Elle porte atteinte à l'autorité de la solution de la question principale en permettant de soumettre à la même juridiction le même procès, et à l'autorité des solutions concrètes qu'elle suspend jusqu'à l'expiration du délai.

Il en est de même pour le pourvoi en cassation. Nous le classons immédiatement après l'opposition parce qu'il peut aboutir à reporter le même procès, sinon devant la même juridiction, du moins devant une juridiction de même degré. La procédure de cassation est trop complexe, surtout quand la cour de renvoi se prononce en sens contraire de l'arrêt de cassation, pour qu'il soit possible de

(6) Audinet, n° 47, p. 170, et, après lui, Hébraud, p. 129.

donner de ce recours, du point de vue de la chose jugée, une définition simple ⁽⁷⁾. Le législateur a accumulé les difficultés, que les besoins pratiques ne justifient peut-être pas toujours.

Néanmoins, en distinguant les effets du pourvoi en cassation et les effets de la possibilité de former pourvoi pendant le délai, on aperçoit le rôle de cette voie de recours par rapport à l'autorité de la chose jugée.

Il n'est pas niable que le pourvoi en cassation puisse porter atteinte à l'autorité de la solution de la question principale, puisque le législateur français a voulu que, en cas de cassation, il y ait renvoi devant un tribunal du même degré que celui du jugement entrepris. D'autre part, il s'agit bien du même procès, puisque c'est un principe fondamental que le pourvoi en cassation cristallise le débat pour permettre à la Cour suprême de voir si, dans les conditions de fait appréciées par les deux degrés de juridiction (ou le degré unique si l'affaire est jugée en premier et dernier ressort), la loi fut exactement appliquée. Il y a donc procès identique porté devant une autre juridiction, ce que l'autorité négative interdit. Toutefois, il n'en est ainsi que s'il y a cassation. *Nous dirons donc que la solution de la question principale n'a l'autorité de la chose jugée que sous la condition résolutoire de cassation.* S'il y a cassation, l'autorité des solutions concrètes disparaît avec celle de la solution principale.

Quant à la possibilité de former un pourvoi en cassation, porte-t-elle atteinte à l'autorité des solutions concrètes? Autrement dit, une solution concrète contenue dans

(7) Nous savons que, du point de vue de la question juridictionnelle, le contentieux de la cassation est au contraire très facile à définir : c'est le contentieux de la légalité des actes juridictionnels.

un acte juridictionnel susceptible de pourvoi en cassation (il suffit pour cela que le délai ne soit pas expiré) va-t-elle s'imposer au juge? M. Hébraud, dont la documentation est remarquable, dit qu'en matière pénale la jurisprudence ne fournit aucune réponse nette ⁽⁸⁾. Mais il incline à penser qu'il faut refuser l'autorité aux jugements répressifs susceptibles de pourvoi (M. Hébraud n'ayant pas fait l'analyse de l'acte juridictionnel ne connaît pas les solutions concrètes, mais il n'est pas douteux qu'il s'agisse d'elles quand il parle de jugements). Nous croyons qu'il a raison. Puisqu'il s'agit de l'autorité des solutions concrètes, le législateur est absolument libre de la limiter à son gré. Il peut estimer qu'une solution concrète, dont on ne sait pas si, en fin de compte, elle sera maintenue, ne doit pas s'imposer au juge. Nous savons en effet que la distinction entre le droit et le fait est très délicate, que le fait ne peut se déterminer qu'au moyen du droit, que le droit tombe en entier sous le contrôle de la Cour suprême, et que l'étude de la jurisprudence montre, chose à laquelle on devait s'attendre, une tendance de la Cour de cassation à mordre sur le terrain des juridictions du fond ⁽⁹⁾. Une solution concrète peut donc être anéantie par une décision de cassation. Mieux vaut, pour lui conférer l'autorité, attendre qu'elle soit devenue inattaquable. Et nous concluons en disant que, selon nous, la jurisprudence doit agir comme si le législateur avait décidé que *les solutions concrètes n'auraient l'autorité que sous la condition suspensive de l'écoulement du délai sans qu'il y ait pourvoi*.

Le pourvoi en cassation et la possibilité de former un

(8) Hébraud, p. 130.

(9) Nous ne pouvons que renvoyer sur ce point à l'étude de M. Marty sur *La distinction du fait et du droit* (thèse, Toulouse, 1929), p. 277 et suiv.

pourvoi peuvent, sous condition, porter atteinte à l'autorité de la solution principale et des solutions concrètes.

A côté de ces deux voies de recours, opposition et pourvoi en cassation, qui permettent de reporter le même procès devant la même juridiction ou une juridiction de même degré, nous allons placer l'appel, qui permet de porter le même procès devant une juridiction de degré supérieur. Nous supposons qu'un jugement en premier ressort est frappé d'appel dans les délais légaux. Il n'est pas douteux que la solution principale possède encore l'autorité munie de son effet négatif, puisqu'il n'est pas possible de reporter le même procès devant la même juridiction ou devant une autre juridiction, *exception faite pour la juridiction d'appel*. Mais que devient l'autorité des solutions concrètes ? Celles-ci pourront-elles encore s'imposer aux juges ? La jurisprudence est très ferme : en matière pénale, elle admet que le législateur a entendu refuser l'autorité aux jugements frappés d'appel et *même susceptibles d'appel* : ceux-ci ne peuvent s'imposer au civil ⁽¹⁰⁾. Les arrêts ne parlent, disons-le une fois de plus, que de jugements et d'autorité s'attachant à ceux-ci. Il est certain qu'ils visent ce que nous avons démontré être des solutions concrètes et l'autorité de ces solutions. Nous pouvons donc conclure que la jurisprudence française agit comme si le législateur avait décidé que cette autorité resterait soumise à la condition suspensive de l'expiration du délai sans que l'appel ait été formulé.

Puisque nous parlons de l'appel, nous allons examiner, encore que cela nous écarte un instant du problème de la chose jugée, la règle selon laquelle cette voie de recours

(10) Voir Hébraud, p. 128 et 129, et notamment les deux arrêts de la Chambre civile du 14 décembre 1903 (S., 05. 1. 125) cités par lui.

est réservée aux personnes qui, par elles ou par représentant, furent parties en première instance. Nous remarquons, pour commencer, que cette règle, dont personne n'oserait douter, ne trouve confirmation dans aucun texte de la loi ⁽¹¹⁾. Nous allons montrer ensuite, que, naturelle dans un système fondé sur l'autorité relative, elle doit être rejetée du moment où l'on accepte l'autorité absolue de la chose jugée.

L'autorité de la chose jugée étant absolue, il faut donner au tiers des moyens de défense. S'il possède des éléments inconnus lors du premier procès, il aura, nous le verrons bientôt, la tierce opposition. Mais il peut n'en posséder aucun.

Or, mis à part le cas où l'enjeu du procès est assez mince pour que le législateur ait cru pouvoir déclarer la juridiction compétente en premier et dernier ressort, tout individu *a droit*, d'après notre organisation judiciaire, à deux degrés de juridiction. Le tiers au procès, qui, peut-être, subira certaines conséquences du jugement, doit donc avoir la faculté d'user du second degré de juridiction. Il doit pouvoir interjeter appel.

On nous dira que c'est là une de ces conséquences logiques, mais baroques, auxquelles notre théorie de l'autorité absolue conduit. Nous permettra-t-on de rappeler alors ce que l'on entend par « intervention accessoire » ? Un tiers intéressé peut s'introduire en première instance, et jurisprudence et doctrine admettent d'ordinaire qu'il a le droit de faire appel ⁽¹²⁾. Pourquoi priver ce tiers intéressé du second degré de juridiction, si le malheur a voulu

(11) Voir Glasson, Morel et Tissier, t. II, p. 292.

(12) Voir Glasson, Morel et Tissier, t. I, p. 632, où l'on trouvera de nombreuses références.

qu'il n'ait pu intervenir à temps devant le premier degré ?

Nous savons, d'autre part, que l'article 466 du Code de procédure civile autorise les tiers à intervenir en appel. Cet article dit, il est vrai, que seront seuls recevables les tiers qui auraient droit de former tierce opposition. La jurisprudence l'interprète de la façon la plus libérale: sans doute a-t-elle compris toute la difficulté qu'il y a, une fois acceptée la définition classique de la tierce opposition, pour déterminer quels tiers peuvent user de cette voie de recours. Elle n'est pas loin de dire, en somme, que sera recevable à intervenir en cause d'appel le tiers qui justifiera d'un intérêt. Est-il raisonnable de condamner telle personne, qui interviendrait en appel, à ne pouvoir pas porter l'affaire devant le second degré de juridiction, si les parties croient devoir acquiescer, après collusion frauduleuse peut-être, à la décision de première instance ? On nous répondra qu'il lui est loisible de former tierce opposition. Sans doute : mais encore faut-il accepter la définition classique de la tierce opposition, ce que, nous allons le voir, nous ne pouvons faire. Et, passé condamnation sur ce point, le résultat sera de faire juger une seconde fois le même procès par les mêmes juges, lesquels auront une tendance naturelle à maintenir les erreurs de droit ou de fait qu'une juridiction supérieure était susceptible d'effacer.

Indiquons pour finir, qu'il reste une personne à qui la jurisprudence a toujours donné le droit de faire appel, même si elle ne fut pas partie principale en première instance (43). C'est le ministère public, ce tiers qui, par sa fonction, possède un intérêt dans toutes les affaires. Ce privilège lui a même été expressément concédé par la loi du

(43) Voir Glasson, Morel et Tissier, I, p. 463, et III, p. 293.

24 juillet 1889 sur la déchéance de la puissance paternelle.

Ce « privilège » devrait, croyons-nous, disparaître en devenant le droit commun.

Une deuxième classe de voies de recours sera constituée par la révision et la tierce opposition. Celles-ci ne peuvent plus être considérées comme portant atteinte à l'autorité de la chose jugée.

Mais il y a là une matière tellement importante que chacune de ces voies de recours fera l'objet d'une section spéciale.

SECTION II

LA RÉVISION (14).

Quand, dans la première partie de notre étude, nous avons étudié l'acte juridictionnel, l'occasion s'est présentée à nous de montrer qu'entre la *réalité* et l'image qu'on se forme de cette réalité il est une différence irréductible. Nous citions alors quelques lignes de M. Lachelier. Interprétant la pensée de Descartes, il parlait des corps, et disait que nous nous en formons des représentations. Elles ne sont que produits de notre conscience et « ne correspondent à rien de réel ». Quelque effort qu'on fasse on ne saisit jamais que sa propre pensée.

Nous avons alors proposé d'étendre sans réserve cette vérité philosophique à la question processuelle. Le juge a pour tâche de régler des conflits, le physicien de trouver des lois physiques. Pour l'un et l'autre la réalité reste un inconnaissable. Le physicien n'observe pas la réalité, il

(14) Nous emploierons le mot révision dans le sens large que nous avons défini.

observe les représentations qu'il s'en forme, et le réel n'est accessible à sa pensée que par un système de figuration dont il ignore la loi.

Le juge est, au fond, plus heureux. Si la réalité du conflit qu'on lui demande de résoudre reste pour lui un inconnaissable, il sait du moins, dans une certaine mesure, ce qu'est la loi du système de figuration grâce auquel il se forme un concept de cette réalité. Ce système est un faisceau de moyens de preuves. La règle ne s'intéresse pas, ne peut s'intéresser aux faits pris en soi. Elle s'intéresse à l'image que, en se conformant aux moyens de preuves prévus par elle, on en obtient. Le juge est donc appelé à statuer d'après un ensemble de concepts donnant une image plus ou moins proche du conflit réel, mais qui, en admettant qu'elle lui soit exactement conforme, en diffère toujours comme ce qui *est* diffère de ce qui *est pensé* ⁽¹⁵⁾.

Le conflit réel garde néanmoins une grande importance. Il est le modèle que doit représenter l'« image exactement conforme » dont nous parlions à l'instant. Et cette image exactement conforme doit être considérée comme *un idéal*.

Se rapprocher de cet idéal dans la mesure du possible est une loi morale, à laquelle aucune loi juridique, théoriquement du moins, ne doit pouvoir résister. L'autorité de la chose jugée elle-même, si elle ne pouvait se concilier avec cette loi morale, devrait fléchir. Mais les deux se concilient heureusement.

L'obligation morale d'amener graduellement le concept-procès en coïncidence avec l'image exactement conforme

(15) Voir Jacques Chevalier, *Le concept et l'idée* (Mélanges, Hauriou, p. 111), et Gény, *Science et technique en droit privé positif*, 2^e éd., I, p. 163 et suiv.).

à la réalité rend indispensable l'organisation d'un moyen, grâce auquel on puisse démontrer qu'il est une différence entre le concept-procès et l'image exactement conforme à la réalité. Ce moyen sera la procédure de révision.

§ 1. — Les conséquences de notre notion de la révision.

I. — L'UTILISATION DE LA PROCÉDURE DE RÉVISION NE DEVRAIT ÊTRE ENTRAVÉE PAR AUCUN TEXTE LIMITATIF QUANT AUX CAS D'OUVERTURE.

De la notion de révision, il faut déduire en premier lieu que tout texte est superflu qui veut prévoir dans quels cas cette procédure est ouverte. Cette procédure devrait pouvoir fonctionner toutes les fois qu'un individu intéressé viendrait prétendre qu'il n'y a pas concordance entre le concept-procès formé par le juge et l'image exactement conforme à la réalité. La moindre restriction est une atteinte à la loi morale de l'effort vers l'idéal.

Or, nous constatons que dans toutes les matières, civile, pénale ou administrative, nous trouvons des textes énumérant *quelques* cas d'ouverture, qui de la révision, qui de la requête civile, qui du recours en révision. Sans vouloir suivre aveuglément le raisonnement logique, nous ne pouvons approuver ces textes. L'erreur nous semble aggravée par la jurisprudence, laquelle, sans défaillance, déclare qu'ils doivent être interprétés restrictivement.

Il est vrai que l'article 443 du Code d'instruction criminelle a donné dans son 4° une formule assez large pour permettre de dire que le législateur, pris d'un remords, a voulu englober, avec le contenu des trois premiers numéros, tous les cas possibles de révision. Celle-ci devient possible « lorsque, après une condamnation, un fait

viendra à se produire ou à se révéler, ou lorsque des pièces inconnues lors des débats seront représentées, de nature à établir l'innocence du condamné ». Ce texte est très large. Il est encore trop restreint, puisqu'il ne permet d'établir que l'« innocence du condamné ». Pourquoi n'est-il pas permis d'utiliser la révision pour transformer l'assassinat en meurtre, d'une façon plus générale, pour atténuer d'une manière quelconque le délit réprimé ? Le texte apparaît encore plus restreint du fait que, dans ce quatrième cas, seul le ministre de la Justice peut introduire la révision (V. art. 444). De telles restrictions, sous lesquelles il faut deviner les lenteurs des procédures administratives et les dangers des passions politiques, réduisent dans une large mesure l'ampleur d'un texte en apparence généreux.

Si nous pénétrons sur le terrain du droit privé, nous trouvons l'article 480 du Code de procédure. Il énonce dix cas de requête civile. De ces dix cas, dont plusieurs, nous le verrons, sont en réalité des cas de cassation ⁽¹⁶⁾, il n'en est pas un qui prévoie nettement l'hypothèse du fait nouveau, de nature à modifier le concept-procès. Exemple : en admettant qu'il ait été retenu *des pièces décisives*, il faut, pour pouvoir intenter une requête civile, que ces pièces aient été retenues par l'une des parties. On s'explique difficilement une pareille étroitesse d'esprit.

Nous savons que le projet de révision de 1894 proposait une extension des cas de requête civile « pour erreur de fait ». On doit déplorer qu'il soit encore dans le même état trente-six ans après.

(16) Voir Plassard, *Ouvertures communes à cassation et à requête civile*, p. 281.

En matière administrative, l'article 32 du décret du 22 juillet 1806 prévoit deux cas de révision contre les arrêts du Conseil d'Etat : s'il y a eu décision sur pièces fausses et si l'adversaire de la partie condamnée a retenu une pièce décisive ⁽¹⁷⁾. Il s'agit bien là de cas de révision. Mais la formule « Défenses sont faites, sous peine d'amende, et même, en cas de récidive, sous peine de suspension ou de destitution, aux avocats en notre Conseil d'Etat, de présenter requête ou recours contre une décision contradictoire, si ce n'est dans ces *deux* cas », ne laisse aucun doute sur le caractère limitatif du texte.

La loi du 24 mai 1872 est venue ajouter par son article 23 un troisième cas, celui où les dispositions contenues dans les articles 15, 17, 18, 19, 20, 21 et 22 n'ont pas été observées. Il y a là une erreur manifeste; on ne peut classer un tel recours sous la rubrique de révision, sans vouloir appeler du même nom les choses les plus variées.

La loi du 16 septembre 1807 nous dit (art. 14) que la révision est possible en matière de jugements de comptes « soit sur la demande du comptable, appuyée de pièces justificatives recouvrées depuis l'arrêt, soit d'office, soit à la réquisition du procureur général, pour erreur, omission, faux ou double emploi reconnus par la vérification d'autres comptes » ⁽¹⁸⁾. Et M. Loth affirme que « la distinction faite par la loi du 16 septembre 1807 entre la révision demandée par le comptable et la révision à la charge du comptable semble disparaître dans l'application. D'après le principe dominant, ajoute l'auteur, la révision peut avoir lieu toutes les fois que sont révélés

(17) La deuxième hypothèse prévue par le décret de 1806 est réalisée dans un procès jugé par le Conseil d'Etat le 16 janvier 1931. D. H. 31, p. 119.

(18) Loth, *Autorité de la chose jugée en matière administrative*, p. 73.

des faits matériels existants lors du premier jugement, mais qui sont restés ignorés ou celés à cette époque. » S'il en est ainsi, on doit approuver cette tendance à l'élargissement des cas de révision en matière de comptes.

De tout ceci, il résulte que l'application faite par notre législation de la procédure de révision est vraiment trop étroite. On peut néanmoins découvrir quelques efforts vers la vérité, c'est-à-dire vers l'élargissement des cas d'ouverture.

Nous trouvons d'ailleurs dans la pratique juridictionnelle une institution strictement prétorienne, qui n'a d'autre rôle que de suppléer à l'étroitesse des cas de révision prévus par la loi. C'est l'institution du *jugement conditionnel*. Le juge, ayant construit son concept-procès sur un certain nombre de faits établis au regard du droit, soupçonne que, plus tard, d'autres faits pourront être établis, de nature à modifier le concept-procès. En serré qu'il est dans les cadres des textes limitatifs ayant trait à la révision, il n'est pas sûr qu'il puisse, au moment où les faits nouveaux seront exhibés, procéder à un second examen du procès. Aussi prend-il la précaution d'introduire, *dans son jugement*, une formule indiquant qu'il entend ne condamner que sous la réserve d'une démonstration de faits nouveaux. Cette formule est : « tous droits tenants, quant à présent, en l'état » ou simplement : « en l'état ». On cite l'exemple des quittances égarées mais susceptibles d'être retrouvées (19).

On ne peut souhaiter meilleure preuve que cette création prétorienne de la nécessité d'élargir les textes relatifs

(19) *Répertoire du droit français*, v^o *Jugements et arrêts*, n^{os} 2943 et suiv., Glasson, Morel et Tissier, t. III, p. 84.

à la révision. On s'est demandé si le jugement conditionnel était une violation de la règle de la chose jugée. Nous répondons par la négative. Le jugement conditionnel ne fait que prévoir l'hypothèse où un second concept-procès, plus proche que le premier de l'image exactement conforme à la réalité, pourrait être formé. Or, nous le savons, l'autorité de la chose jugée ne joue que dans le cadre d'un concept-procès donné.

La brèche est large qu'ouvrent les jugements conditionnels dans le caractère limitatif des textes organisant la révision. Beaucoup de jugements sont susceptibles de contenir une formule de nature à les transformer en jugements conditionnels. Et la jurisprudence pourrait ainsi en revenir à notre solution : toute procédure de révision est recevable qui permet de prouver l'existence d'un fait capable de modifier le concept-procès.

Il est vrai que subsisterait toujours la règle : requête civile sur requête civile ne vaut, déposée dans l'article 503 du Code de procédure civile. Le législateur a cédé, outre mesure à notre avis, au désir de mettre fin aux conflits. Quand un plaideur veut agir en révision d'une sentence juridictionnelle, il va demander au juge d'examiner à nouveau un conflit qui a déjà fait l'objet d'un procès. Pour que la fonction négative de la chose jugée ne soit pas violée, il suffit que le procès ait changé. Et si l'on comprend qu'un procès n'est pour le juge qu'un concept, on comprend de même que, autant de fois les parties parviendront à créer un concept-procès plus proche que le précédent de l'image exactement conforme à la réalité, autant de fois un conflit unique donnera naissance à un procès nouveau.

Aucune restriction ne peut-elle donc être apportée à l'exercice du droit de révision ? Nous en apercevons une :

la révision ne saurait être déclarée recevable quand elle serait basée sur des pièces nouvelles, dissimulées lors du premier procès par le *demandeur* en révision. Il n'est pas rare que les parties soient complices dans la fraude. On ne doit pas admettre que l'une d'elles ait droit, en invoquant sa propre faute, d'intéresser la justice à un conflit déjà résolu : *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Il faut indiquer, pour finir, que le législateur a trouvé le moyen de réprimer les procédures de révision téméraires. Les articles 494, 495, 500 et 501 du Code de procédure prévoient une amende élevée, dont on doit consigner le montant avant de présenter la requête. Ajoutons que la partie inutilement ramenée devant les tribunaux pourra demander et obtenir des dommages et intérêts. Sur ces deux points, nous ne pouvons qu'approuver.

II. — LA RÉVISION NE DOIT PAS SE PRESCRIRE PAR UN DÉLAI COURANT DU JOUR DU JUGEMENT.

Pour montrer que le juge n'a pu saisir la vérité, il faut des éléments nouveaux inconnus lors du premier procès. *A priori*, on ne peut donc refuser à quelqu'un le droit de demander la révision parce qu'un certain délai se sera écoulé depuis le jour du jugement. On peut, tout au plus, dire que ce droit se prescrira par un délai courant du jour où on a eu connaissance de l'élément nouveau. C'est ce que décident notre législation pénale⁽²⁰⁾ et notre législation civile⁽²¹⁾.

(20) L'article 444 du Code d'instruction criminelle fixe un délai de un an à dater du jour où les parties auront eu connaissance du fait donnant ouverture à la révision.

(21) L'article 488 du Code de procédure civile fait courir le délai de deux mois du jour où les pièces ont été découvertes, le dol ou le faux connu.

III. — LA RÉVISION DOIT ÊTRE OUVERTE CONTRE TOUT JUGEMENT
EN PREMIER OU DERNIER RESSORT.

Notre définition de la révision n'indique, pour que cette procédure soit recevable, qu'une condition : démontrer que l'image conçue par le juge ne correspond pas à la réalité du procès. Rien n'introduit ici l'idée de jugement en dernier ressort.

Pourtant, l'article 480 du Code de procédure civile ne déclare la requête civile recevable que si le jugement attaqué est en dernier ressort. C'est une erreur certaine. Nous disons même qu'il y a là une maladresse du législateur. Un plaideur malheureux en première instance, mais honnêtement conseillé, peut juger que son affaire, dans les conditions de fait actuelles, est irrémédiablement perdue. L'appel n'aura pour résultat que d'entraîner des frais. Il y renonce. Si, plus tard, il découvre le fait nouveau, l'élément inconnu lors du premier débat, grâce auquel il peut démontrer le défaut de concordance entre le concept-procès et la réalité, il ne pourra tenter la procédure de requête civile. L'article 480 le lui interdit.

Il y a là un fâcheux encouragement à l'instinct proces-suel, et les gens de robe peuvent, de bonne foi, conseiller l'appel à tout prix. N'est-il pas un moyen de réserver l'avenir?

IV. — LA PROCÉDURE DE RÉVISION NE TEND PAS A DÉMONSTRER
UNE VIOLATION DE LA LOI. ERREURS DE CLASSIFICATION
COMMISES PAR LES RÉDACTEURS DU CODE DE PROCÉDURE.

La révision ne peut avoir pour rôle de constater les illégalités commises dans le courant de la procédure. Démontrer que le juge s'est formé un concept erroné de l'affaire,

ce n'est pas dire qu'il a commis une illégalité. Le juge raisonne sur des solutions concrètes, c'est-à-dire sur des faits établis suivant les moyens de preuves que fournit la loi. Souvent il écarte un fait, de l'existence duquel il ne doute pas en tant qu'homme, mais qu'il ne peut recevoir en tant que juge parce que la preuve n'en est pas rapportée. Il tranche alors le procès dans un sens conforme au droit, et si le plaideur, muni de nouveaux éléments, tente à nouveau sa chance, ce ne sera pas en accusant l'acte juridictionnel d'illégalité.

Il suffit, d'ailleurs, de rappeler qu'il est une voie spéciale, le pourvoi en cassation, destinée à réparer les illégalités commises dans le cours de la procédure ou l'élaboration de l'acte juridictionnel, pour montrer que le domaine de cette voie de recours et celui de la révision sont nettement séparés. On ne peut approuver le législateur de les avoir confondus. Car l'article 480 du Code de procédure civile envisage des hypothèses que l'on doit classer dans le domaine du pourvoi en cassation. Violation des formes prévues à peine de nullité, prononciation sur choses non demandées, omission de prononcer sur l'un des chefs de la demande, contrariété de dispositions dans un même jugement, défaut de communication au ministère public quand la loi l'exige, autant de violations de la règle que l'acte juridictionnel doit éviter pour être régulier. Leur constatation est du ressort du contentieux de la légalité des actes juridictionnels, c'est-à-dire du contentieux de la cassation. Nous devons noter que le projet de révision de 1894 esquisait une rectification des erreurs contenues dans le Code de procédure ⁽²²⁾.

(22) Voir Plassard, p. 275 et suiv., et Glasson, Morel et Tissier, t. III, p. 421 et suiv.

M. Plassard indique le danger d'un encombrement du rôle de la Cour suprême, danger accru par une restriction des cas de requête civile au profit des cas de cassation. La question est d'importance. Nous sommes en présence d'un problème d'ordre législatif que nous ne voulons pas étudier. Mais une pareille considération n'autorise pas à donner le nom de requête civile à des procédures rentrant dans le contentieux de la légalité des actes juridictionnels.

§ 2. — La révision ne porte pas atteinte à l'autorité
de la chose jugée.

L'idée que nous allons développer, paradoxale au premier abord, n'est que la conséquence des notions d'acte juridictionnel et d'autorité de la chose jugée.

L'acte juridictionnel constate une violation de la règle de droit. Mais la violation constatée n'est pas la *violation réelle* qui crée le conflit. C'est la violation telle qu'elle résulte du concept-procès formé par le juge. Cette violation conceptuelle devrait, pour répondre à l'idéal, être une image de la violation réelle. On admet, jusqu'à plus ample informé, jusqu'à ce qu'une procédure de révision ait été déclarée recevable, que le concept-procès obtenu après une première instance est l'image exactement conforme à la réalité. Le juge ne constate donc qu'une violation conçue, produit de sa propre intelligence, et *c'est dans le cadre de ce pur concept que l'autorité de la chose jugée fonctionne.*

Supposons que, au moyen d'une procédure de révision, on démontre que cette image n'est pas l'image exactement conforme à la réalité. La procédure aura pour but de substituer *une autre image, purement conceptuelle elle aussi,*

d'une qualité identique à la première, *mais distincte*. Cette seconde image ne coïncidera peut-être pas, elle non plus, avec l'image exactement conforme. Mais, *s'en rapprochant plus que la première, elle doit lui être préférée, au nom de la loi morale qui impose la marche vers l'idéal*.

Or l'autorité de la chose jugée n'a pas pour rôle de prohiber un second examen d'un *conflit réel* donné, puisque ce conflit est un inconnaisable. Elle confère une valeur particulière et sacrée à la réponse que le juge a faite à la question de violation de la règle *telle que l'image, démontrée fausse depuis, lui permettait de la poser*. L'autorité de la chose jugée interdit que, le juge étant parvenu à une certaine image, *on essaie de lui faire déduire de la même image* une conclusion nouvelle, différente de la première. Elle interdit aussi que, le juge s'étant, dans certaines conditions de fait, formé une certaine image, on essaie de l'amener, *dans les mêmes circonstances de fait*, à se former une image nouvelle. En un mot, l'activité du juge ayant eu à s'exercer dans un cadre de preuves et de faits a permis de construire un concept-procès, et, sur la base de ce concept, de donner une réponse à la question de violation de la règle. Tout ce travail est considéré, au nom de l'autorité de la chose jugée, comme définitif.

Mais si nous sortons de ce cadre de moyens de preuves et de faits, si nous apportons d'autres éléments, si nous démontrons qu'une nouvelle image peut être construite, distincte et différente de la première, l'autorité de la chose jugée ne nous interdit pas d'agir, puisque nous prétendons faire examiner par le juge un procès qui, pour avoir la même base de réalité, se construit au moyen d'images et d'un concept-procès différents des premiers. *Seuls les concepts sont par nous saisissables*. C'est donc un nouveau

procès que l'on soumet au juge, une nouvelle question de violation de la règle qu'on lui demande de résoudre.

On peut présenter le même raisonnement sous une forme un peu différente. Le premier procès, représenté par un certain concept, a conduit à une réponse juridictionnelle : *cette réponse garde son autorité*. Mais il est démontré que le procès ne correspond pas à la réalité. Il la frôle sans la toucher. Passant à l'examen du second procès qu'on lui soumet, le juge *respecte* ce qui a été jugé sur le premier, mais, obéissant à la loi qui pousse vers l'idéal, constate qu'il est moins près que le second de la réalité.

Intenter une procédure de révision ce n'est donc pas violer la fonction négative de l'autorité, c'est prétendre prouver que le concept-procès, aux conséquences duquel personne ne veut porter atteinte, *ne peut être utilisé*, parce que non fidèle à la réalité⁽²³⁾.

§ 3. — La procédure de révision pose une question de recevabilité.

Nous avons eu soin de montrer, dans notre étude de l'activité judiciaire en matière contentieuse, que tout acte juridictionnel était précédé d'un acte-condition, explicitement ou implicitement formulé, qui est consécutif à la

(23) Nous avons trouvé dans la thèse de M. Loth un paragraphe contenant l'idée que nous exprimons. Elle apparaît, dans ces lignes, comme le fruit d'une intuition plutôt que d'un raisonnement. « Mais la révision est-elle bien une exception à la chose jugée? Nous croyons que c'est une exception apparente. La révision est une procédure régulière n'atteignant pas plus l'autorité que l'appel. Il y a une différence au point de vue délai. *C'est un des cas exceptionnels où on peut montrer que la vérité légale ne coïncide pas avec la vérité vraie*. Le droit de révision attribué au juge des comptes lui fournit le moyen de faire disparaître un jugement qui, par suite d'une circonstance indépendante de sa volonté, reposerait sur une erreur ou sur un dol, et serait contraire à la vérité et indigne des respects dont la loi entoure les décisions de justice. » (p. 73).

réponse donnée sur les questions de recevabilité et de compétence et d'où résulte la situation objective de parties admises à plaider le fond de l'affaire et de juge compétent pour en connaître.

Il n'est pas douteux, d'autre part, que l'exception de chose jugée, si elle vient à être soulevée, n'a pas pour rôle de faire constater le mal-fondé de la demande, mais bien *de faire déclarer cette demande irrecevable*. Le juge, avant de passer à l'examen du fond, doit affirmer au préalable que les conditions de recevabilité sont réalisées. N'avoir pas déjà reçu une solution est, pour la question principale que l'on demande de résoudre, l'une de ces conditions. Il s'agit bien d'une question de recevabilité, puisqu'il n'est posé sur ce point strict aucune question de violation de la règle, ce qui démontre, comme nous l'avons établi jadis, que les jugements dits de recevabilité et de compétence ne sont pas des actes juridictionnels.

Nous allons supposer qu'une partie au procès déjà jugé manifeste la prétention de démontrer qu'il est une différence entre le concept-procès et l'image exactement conforme à la réalité. Cette partie intente un procès de révision. L'autre partie ne manquera pas d'opposer l'exception de chose jugée, et ainsi, par son intermédiaire, la révision aura soulevé une question très grave de recevabilité.

La distinction de la question de fond et de la question de recevabilité posées par la procédure de révision est traduite, dans le langage classique, par la distinction du *rescindant* et du *rescisoire*. Dans la phase du rescisoire le juge se livre, la procédure de révision ayant été déclarée recevable, à l'examen de la nouvelle question principale posée sur la violation de la règle. Cette phase se déroule comme un procès ordinaire, et elle est, de tous points, un procès ordinaire. Elle ne nous intéresse pas.

La phase du rescindant comporte l'examen de la *seule question de recevabilité*. Etant donné les textes, à tort limitatifs, de notre législation, le juge se demande si l'on se trouve en présence de l'un des cas prévus pour qu'il y ait lieu à requête civile, révision, recours en révision. Nous disons, d'une façon plus générale, et, croyons-nous, plus exacte, qu'il doit rechercher si le concept-procès formé lors du premier procès peut être dépassé en fidélité vis-à-vis de la réalité par un nouveau concept-procès. Si oui, il y a lieu de déclarer l'action recevable.

Nos principes ne nous conduisent pas à affirmer que le rescindant et le rescisoire doivent être tranchés par le même juge. Dans la procédure de révision en matière pénale, le rescindant est de la compétence de la chambre criminelle de la Cour de cassation. Mais, après des formalités compliquées, le rescisoire reste de la compétence d'un tribunal de même degré que le premier. Par faveur pour l'intéressé, la loi décide néanmoins que ce sera un autre tribunal.

La phase du rescindant, pendant laquelle on examine une question de recevabilité, se termine par un acte de la fonction d'exécution : le juge, constatant que sont réalisées toutes les conditions prévues par la loi pour qu'on puisse passer à l'examen du procès quant au fond, déclare l'action recevable : c'est un acte-condition. Toute la phase du rescindant ne sert qu'à préparer cet acte-condition. On ne peut donc arrêter cette phase-là par l'exception de chose jugée, puisque, nous l'avons dit bien souvent, l'exception de chose jugée ne peut jouer que dans le cadre juridictionnel. Ce n'est qu'une fois la constatation faite qu'il n'y a pas élément nouveau, ou, ce qui revient au même, qu'il y a chose jugée, que l'on doit refuser d'aller plus loin. C'est ce que fait le juge en déclarant l'action

irrecevable. En résumé, on pose pendant la phase du rescindant la question de savoir s'il y a chose jugée, et, si oui, on ne passe pas au rescisoire. L'exception de chose jugée n'arrête que le rescisoire.

Aussi s'explique-t-on difficilement l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 12 avril 1930 ⁽²⁴⁾. Une dame B. formule une demande de pension de veuve de guerre. La Cour régionale d'Aix confirme la décision de rejet du ministre en déclarant que le décès n'est pas imputable au service. Sur la base de *nouveaux certificats*, la dame B. porte devant la Cour une seconde demande en annulation d'une seconde décision de rejet. Il est certain que nous sommes en présence d'une véritable procédure de révision. La Cour confirme encore la décision du ministre. Et le Conseil d'Etat a approuvé cette confirmation au nom de l'autorité de la chose jugée, sans se demander si les nouveaux certificats étaient de nature à modifier les données du procès. Il a commis la faute d'arrêter par la chose jugée une pro-

(24) Cons. d'Etat, 12 avril 1930, D. H., 30, p. 383 (veuve Besson).

« Le Conseil d'Etat; Vu la loi du 31 mars 1919; Considérant que la Cour régionale des pensions d'Aix-en-Provence a rejeté, par arrêt en date du 22 juillet 1926, une demande de la dame veuve Besson tendant à l'annulation de la décision ministérielle du 29 avril 1924, qui lui avait dénié le droit à pension de veuve, motif pris de ce que l'affection, cause du décès de son mari, n'était pas imputable au service; — Considérant que la présente requête est dirigée contre un arrêt, en date du 18 décembre 1928, par lequel la Cour régionale susdite a rejeté un nouveau recours de la dame veuve Besson, tendant à l'annulation d'une décision ministérielle du 7 mars 1927, qui a rejeté une demande identique à la première présentée par la dame veuve Besson avec de nouveaux certificats; — Considérant que dans les circonstances ci-dessus relatées, la Cour régionale a pu légalement, en raison du principe de l'autorité de la chose jugée, opposer une fin de non-recevoir au nouveau recours de la dame veuve Besson;

» ARTICLE PREMIER. — La requête susvisée de la dame veuve Besson est rejetée (MM. Seydoux, rap. Latournerie, concl.). »

cédure qui avait pour but de montrer qu'elle ne pouvait jouer.

Dans la phase du rescindant, la procédure de révision assume la tâche de prouver qu'il n'y a pas concordance entre le concept-procès et l'image conforme à la réalité. Ceci nous dit qu'il ne suffit pas d'exhiber un élément nouveau pour que l'action soit recevable. Il faut que cet élément soit de nature à modifier le concept-procès. Nous avons dit plus haut que le plaideur pouvait se faire illusion sur la valeur de ses arguments, que le juge devait opérer un triage. Ici encore le plaideur peut, à tort, estimer que tel fait est capable de présenter l'affaire sous un jour nouveau.

Le triage est une des opérations les plus graves du ministère du juge, et celui-ci doit bien se garder de négliger les faits qui lui paraîtraient dépourvus de valeur. Nous avons ajouté jadis qu'il devait consigner ces faits dans les motifs, Un plaideur, en effet, constatant l'absence de toute mention relative à un fait qu'il croit important, pourrait tenter une révision fondée sur ce fait, qualifié pour la circonstance de nouveau. Le juge pourrait alors se former une opinion différente de la valeur du fait et passer au rescisoire. Dans ces conditions, l'autorité de la chose jugée serait-elle violée ? Une question presque identique peut se formuler ainsi : si un fait déclaré sans valeur dans la première instance, mais consigné dans les motifs, est donné comme base d'une instance en révision, et si, au rescindant, le juge estime que ce fait a été mésestimé dans la première instance, peut-il déclarer qu'il y a lieu de passer au rescisoire ? Nous n'hésitons pas à répondre non aux deux questions précédentes. La chose jugée ne permet pas un pareil retour sur le passé. Ses effets négatifs s'attachent à la solu-

tion de la question principale et rejaillissent sur toute la genèse de cette question. On ne doit pouvoir, pour que la fonction juridictionnelle ne soit pas un simple mot, vouloir recommencer les opérations qui conduisent à une question principale, toutes choses, par hypothèse, restant constantes. Ce que le juge a pensé de la valeur d'un fait doit être considéré comme bien pensé ⁽²⁵⁾.

Tout ceci nous conduit à méditer, une dernière fois, sur le rôle des motifs en matière de chose jugée. Nous avons eu, bien souvent déjà, l'occasion de constater comme sont injustes à leur égard la doctrine et la jurisprudence. Nous allons montrer la dernière injustice, et la pire. L'autorité s'attache à la solution d'une question principale composée de deux éléments : un ensemble de faits prouvés à l'égard du droit, appelé par nous concept-procès, et, en face, une règle, celle dont on veut savoir si elle a été violée. L'autorité ne peut entraver un procès qui, pour son début, a montré qu'on peut s'approcher de l'image exactement conforme à la réalité plus près que n'a su faire le concept-procès. Or, pour savoir si l'on se rapproche de l'image exactement conforme à la réalité, *il est de toute nécessité de connaître le concept-procès qu'on prétend éliminer*. Pour connaître ce concept-procès il n'est qu'un moyen : le consigner avec une minutie extrême dans les motifs du jugement. En les rédigeant, le juge doit donc se dire qu'il engage l'avenir, que, en négligeant tel fait qu'il estime sans valeur, en consignant tel autre avec trop de brièveté, il risque de condamner son travail à la stérilité.

(25) Nous reconnaissons que le caractère limitatif de nos textes supprime presque entièrement le problème. Mais celui-ci se pose dans la théorie que nous avons soutenue, et cela suffit pour qu'il faille en indiquer la solution.

On peut donc affirmer qu'il n'y a de chose jugée possible que dans la mesure où les motifs l'indiqueront. Ce sont eux qui, à défaut de la réponse à la question de violation de la loi (dont le sort, le plus souvent, est d'être escamotée), donnent les solutions concrètes à qui notre jurisprudence consent à accorder une maigre autorité. Ce sont eux qui indiquent au juge si, en présence d'une demande en révision, il peut consentir à suivre le plaideur sans risquer de porter atteinte à la fonction dont il est investi.

On peut parler d'autorité de la chose jugée parce que les jugements ont des motifs, et les jugements ont besoin d'avoir des motifs parce qu'on ne peut se passer de l'autorité.

SECTION III

LA TIERCE OPPOSITION

Une loi morale nous dit que l'idéal, pour le concept-procès, est de coïncider avec l'image exactement conforme à la réalité. Il faut en déduire qu'il doit nécessairement exister une procédure qui permette de démontrer le défaut de concordance entre le concept-procès et la réalité. Cette procédure s'appelle révision.

Mais l'autorité de la chose jugée a une valeur *erga omnes*. Elle peut avoir des effets contre tous, y compris les personnes qui ne furent pas parties au procès. Il en résulte que, le concept-procès pouvant nuire à tous, *la révision doit être ouverte aux tiers*. Si l'on préfère, *il doit exister au profit des tiers une procédure qui leur soit ce que la révision est aux parties*.

Notre Code de procédure prévoit en effet, sous le nom de *terce opposition*, une procédure grâce à laquelle les

personnes qui n'étaient pas parties aux procès peuvent s'attaquer à un jugement ⁽²⁶⁾.

Pour comprendre le rôle de la tierce opposition, il faut avoir constamment présente à l'esprit la remarque suivante : *c'est parce que l'autorité de la chose jugée est toujours absolue qu'on peut envisager l'existence d'une action permettant aux tiers de paralyser une décision qui leur nuit*. Si, comme le veut la thèse classique, l'autorité était relative, cette action deviendrait rigoureusement inutile, et l'on pourrait accuser notre législateur d'avoir organisé une voie de recours à laquelle il serait impossible de découvrir un domaine propre.

Autorité relative et tierce opposition sont antinomiques. Il est étrange que la doctrine et la jurisprudence veuillent les considérer comme étroitement liées.

§ 1. — La doctrine et la jurisprudence.

Nous n'attaquerons pas la question des sources historiques de la tierce opposition. Elles sont, paraît-il, très obscures. Les travaux préparatoires, dit-on, ne donnent aucune clarté ⁽²⁷⁾. Nous le croyons sans peine. L'idée de l'autorité relative suffisait alors, comme elle suffit encore, à empêcher les juristes d'y rien comprendre.

« La difficulté que l'on éprouve à déterminer exactement le rôle de la tierce opposition résulte de la contradiction au moins apparente entre l'article 1351 du Code civil, d'où il résulte qu'un jugement est inopposable à celui qui n'a pas été partie, et l'article 474 du Code de procédure qui permet à ce tiers d'attaquer le jugement par

(26) Art. 474 et suiv. C. proc. civ.

(27) Glasson, Morel et Tissier, t. III, p. 836.

la tierce opposition. » ⁽²⁸⁾. MM. Morel, Glasson et Tissier, nous exposent qu'on élabora plusieurs systèmes de conciliation. Tous en arrivaient, sans qu'on le dise, à sacrifier le principe de l'autorité relative au principe de l'autorité absolue. Les auteurs précités l'indiquent à propos du système de Proudhon, qui obligeait les tiers à toujours agir par la tierce opposition, sous peine de ne pouvoir se défendre par le moyen d'une exception ⁽²⁹⁾. MM. Glasson, Morel et Tissier en arrivent à ne trouver d'application de la tierce opposition que dans l'hypothèse où, par fraude ou dol du débiteur, il serait survenu un jugement portant préjudice aux créanciers. Mais ils font eux-mêmes la remarque que la tierce opposition ainsi conçue joue le rôle de paulienne ⁽³⁰⁾. Et ils finissent par se demander s'il est bon de conserver cette procédure sans objet. D'autres législations savent s'en passer. Le principe de l'autorité relative conduit fatalement à douter de son utilité.

Quant à la jurisprudence, par une inversion curieuse, elle refuse la tierce opposition dans le seul domaine où elle devrait l'accorder, celui du contentieux pénal. En effet, elle ne reconnaît vraiment l'autorité absolue qu'aux jugements répressifs, et l'on conçoit alors que la tierce opposition puisse jouer un rôle ⁽³¹⁾. Enfin, si la jurisprudence déclare la tierce opposition recevable contre les jugements d'état, c'est, précisément, parce qu'elle doute de l'autorité absolue de ces jugements ⁽³²⁾.

(28) Id., *Ibid.*

(29) *Op. cit.*, p. 537.

(30) *Op. cit.*, p. 543.

(31) Voir Tissier, *Tierce opposition*, p. 170.

(32) Amiens, 30 janv. 1886, D. P., 88. 2. 39.

La jurisprudence et les auteurs de droit privé ont vu dans la tierce opposition le moyen de mettre en œuvre le principe de l'autorité relative. Cette voie de recours tendrait alors, ce qui est selon nous une erreur, à faire déclarer qu'un jugement donné, lequel garderait toute sa valeur *inter partes*, ne sera pas opposable à la personne qui aurait triomphé dans sa tierce opposition. Ainsi serait consacrée l'autorité relative des jugements. Mais comment ne pas voir que ce raisonnement repose sur une contradiction ? Il n'y a lieu de faire déclarer que tel jugement ne sera pas opposable aux tiers que si, normalement, il leur est opposable, c'est-à-dire s'il a l'autorité absolue. La doctrine classique utilise donc implicitement l'autorité absolue des jugements pour leur faire produire des effets relatifs.

Nous ne pouvons nous empêcher de dire que nous sommes ici en plein paradoxe. Mais le plus curieux est que les auteurs de droit public les plus éminents, *partisans convaincus de la notion d'objectif*, s'engagent, sans hésiter, dans les mêmes erreurs. La question eut son heure de célébrité lors du fameux arrêt *Boussugue*, rendu par le Conseil d'Etat le 29 novembre 1912⁽³³⁾. Par cet arrêt, une tierce opposition était déclarée recevable contre une décision en annulation d'un décret réglementaire. M. Léon Blum, rapporteur, avait conclu au rejet. Toute la doctrine, Hauriou mis à part, critiqua sévèrement la solution du Conseil d'Etat. Duguit parla d'« inadvertance de la haute juridiction »⁽³⁴⁾. Depuis, M. Bonnard a aussi critiqué cet arrêt⁽³⁵⁾. Rapporteur et auteurs se sont exprimés comme

(33) Conseil d'Etat, 29 nov. 1912, R., p. 1135. Conclusions Blum. V. la note de M. Jèze, *Revue de droit public*, 1913, p. 333, et celle de Hauriou, S., 1914. 3. 33.

(34) Voir Duguit, *Traité*, 3^e éd., t. II, p. 497.

(35) Bonnard, *Précis de droit administratif*, p. 146.

si le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir était en jeu, comme si la tierce opposition portait atteinte à ce caractère objectif, alors que, seul, il peut créer la possibilité d'une tierce opposition. La jurisprudence administrative accordant l'autorité absolue aux arrêts obtenus à la suite d'un recours pour excès de pouvoir (sauf au cas de rejet, en quoi, comme nous l'avons vu, elle a tort), devrait en *déduire* qu'il est possible de former tierce opposition. Ne le faisant pas, elle tombe dans une erreur identique à celle que commettent les organes judiciaires en matière de contentieux pénal ⁽³⁶⁾.

Commise par Duguit, cette erreur nous étonne. Car, dans son tome II, il a très bien montré que la tierce opposition était liée au caractère objectif de certains jugements (nous rectifions pour dire : de tous les actes juridictionnels). Il écrit : « Le Code de procédure civile (art. 474-479) a organisé sous le nom de tierce opposition une voie de recours spéciale contre les jugements qui entraînent une atteinte à une situation juridique subjective. Beaucoup d'auteurs se sont demandé quel pourrait être le domaine de la tierce opposition, puisque les jugements n'ont d'effet qu'entre les parties et ne peuvent pas réagir sur les tiers. Pénétrés des conceptions subjectivistes traditionnelles ils n'ont pas aperçu que souvent les jugements sont des actes objectifs ayant une portée générale et que, par conséquent, le bénéficiaire d'une situation juridique subjective, qui se

(36) Nous relevons dans les conclusions de M. Jagerschmidt, à propos de l'arrêt *ville d'Avignon* (Cons. d'Et., 8 déc. 1899, R., p. 719) la phrase suivante : « Or la tierce opposition prévue par l'article 474 du Code de procédure civile, *voie de recours pour mettre en pratique la règle de la relativité de la chose jugée*, ne saurait être étendue à la matière de l'excès de pouvoir. » On ne peut exprimer avec plus de clarté le contraire de ce que nous croyons être la vérité.

trouve touché par un jugement ayant ainsi une portée générale, doit être armé d'une voie de droit pour faire cesser cette atteinte. Tel est précisément l'objet de la tierce opposition » (37). Duguit affirme, il est vrai, que l'hypothèse de l'arrêt Boussugue n'est pas la même (38). La présence de la situation subjective justifierait la différence de solutions. Nous ne comprenons pas. Ou bien un jugement, en raison de son caractère objectif, peut porter atteinte aux intérêts d'un tiers (*peu importe que ce soit par l'intermédiaire d'une situation subjective*), et l'on doit alors fournir à ce tiers le moyen de se défendre : ou bien les jugements n'ont de valeur qu'entre les parties et il n'est plus nécessaire de s'intéresser aux tiers. Accorder, ainsi que le fait Duguit, un caractère objectif à certains jugements revient à décider que ces jugements pourront être attaqués par la procédure à tort appelée tierce opposition.

(37) Duguit, *Traité*, 3^e éd., t. II, p. 472.

(38) « J'ai montré au paragraphe précédent qu'en effet celui qui est partie à une situation juridique subjective peut invoquer cette situation pour faire juger qu'un acte objectif ne lui est pas opposable et que lorsque l'acte objectif qui lèse est un jugement, la voie de droit qui lui est ouverte est la tierce opposition. Mais il n'en est ainsi que lorsqu'une situation juridique subjective est invoquée et qu'elle vient contredire un acte tendant à créer une situation objective. Or, tel n'est pas le cas lorsque, comme dans l'espèce de l'arrêt Boussugue, la seule question qui a été jugée est celle de la légalité d'un règlement. Celui-ci ayant été déclaré illégal est par là même annulé, anéanti. On ne comprend pas comment on peut prétendre le faire revivre au profit d'une personne déterminée. On conçoit qu'un acte-condition ne soit pas opposable à une personne bénéficiaire d'une situation juridique subjective antérieure; on ne comprend pas qu'un acte-règle étant anéanti, on puisse le faire revivre au profit d'une personne déterminée. » (Duguit, 3^e éd., t. II, p. 498.

Nous signalons que l'erreur commise, selon nous, par Duguit, provient en grande partie de ce qu'il n'a pas vu l'objet de l'acte juridictionnel. Il est clair que, dans les lignes précédentes, Duguit ne fait que parler de la décision consécutive, et qu'il veut écarter les effets qu'elle peut avoir, dans le seul cas où elle porte atteinte à une situation subjective préexistante, au moyen de la tierce opposition.

M. Jèze, qui se prononce résolument en faveur de la règle de l'autorité absolue, apporte à cette règle quelques exceptions qu'il essaie de justifier au moyen de sa théorie des chances d'erreurs. D'un point de vue pratique, il établit comme une alliance entre la tierce opposition et l'autorité relative. « Dans la constatation faite au civil par le juge, judiciaire ou administratif, les chances d'erreurs sont ordinairement grandes, puisque le juge n'entend, le plus souvent, que quelques-uns des intéressés. Dès lors, il convient d'écarter le principe fondamental de l'autorité absolue de la chose jugée; il est d'intérêt social que cette constatation n'ait force de vérité légale que pour les particuliers qui figuraient au procès, qui étaient parties à l'instance. Pour les tiers... la chose jugée n'a pas force de vérité légale; ils *pourront la faire tomber par la tierce opposition.* » (39).

Nous ne pouvons accepter la liaison ainsi établie entre les chances d'erreurs et l'autorité relative. Nous avons, nous aussi, montré pourquoi les chances d'erreurs sont particulièrement grandes en matière de contentieux subjectif, dans lequel on ne peut d'ailleurs faire entrer tous les procès civils. Mais, en admettant que certains jugements puissent n'avoir que l'autorité relative, on conçoit difficilement à quel critère précis on pourrait reconnaître que les chances d'erreurs sont assez grandes pour que l'autorité, d'absolue qu'elle était, devînt relative. Nous dirons, plus simplement, qu'il est certains contentieux, et, entre tous, le contentieux subjectif, où les procédures de tierce opposition seront particulièrement nombreuses. Dans ces cas, en effet, le concept-procès a de grandes chances de

(39) Jèze, *Principes généraux*, 3^e éd., p. 269.

s'écarter beaucoup et souvent de l'image exactement conforme à la réalité.

§ 2. — La tierce opposition pose la même question de recevabilité et produit les mêmes effets que la révision.

Notre théorie de l'autorité absolue de la chose jugée montre bien que la tierce opposition n'est que transposition, sur la tête des tiers, de la procédure de révision. Le fait que le législateur a cru devoir l'organiser est une confirmation supplémentaire de l'autorité absolue. Avec la volonté certaine de consacrer l'autorité relative, il a construit une voie de recours dont la base, et la seule explication possible, est l'autorité absolue.

Le nom de la voie de recours accordée aux tiers pour faire reviser les jugements est, à lui seul, une erreur grave. Elle devrait s'appeler tierce *révision*. Elle s'appelle tierce *opposition*, parce que, inconsciemment sans doute, on a tiré argument d'analogie de l'absence de la partie (qui donne naissance à l'opposition) et de l'absence du tiers. Le rapprochement des situations montre pourtant la différence. Dans un cas, l'absence d'une partie fait que le débat cesse, en réalité, d'être contradictoire, et le législateur, par faveur pour cette partie, brise l'autorité négative de la chose jugée. Dans l'autre, il y a débat complet, contradictoire, et le législateur ne fait aucune exception à la chose jugée. L'autorité ne pouvant qu'être absolue, il devine (on ne peut dire qu'il comprend) que tiers et parties ont parfois le même intérêt à montrer qu'il est possible de rapprocher le concept-procès de l'image exactement conforme à la réalité. A tous, il donne une action. La tierce opposition est donc, comme la révision, et à l'inverse de

l'opposition, une limite et non une exception à l'autorité de la chose jugée.

Comme elle, aussi, elle pose une question de recevabilité. Il faut que le tiers puisse établir qu'en exhibant un élément inconnu lors du premier procès, élément de nature à modifier le concept-procès, on peut se faire une idée plus exacte de la réalité. La tierce opposition ne sera recevable qu'à ce prix.

Comme la révision, la tierce opposition ne peut être soumise à des conditions de délai que du jour où l'élément nouveau est découvert. Reconnaissons que notre droit n'en prévoit aucun.

Enfin l'une et l'autre de ces deux procédures ont pour tâche de montrer qu'un certain acte juridictionnel doit être déclaré inutilisable. La tierce opposition ne peut avoir pour résultat, comme le craint Duguit, de faire que tel règlement soit annulé au regard des uns et non au regard des autres. Si la procédure réussit, l'acte juridictionnel reconnu inutilisable est rejeté *pour tous* au magasin des erreurs judiciaires : le règlement annulé, s'il s'agit d'un règlement, reprend toute sa valeur ⁽⁴⁰⁾.

Tout cela nous paraît bien simple. Sans doute était-ce l'avis du Conseil d'Etat quand il rendit l'arrêt Ville de Cannes du 28 avril 1882 :

« Considérant que l'arrêté préfectoral du 1^{er} juin 1878 avait été pris sur la demande et dans l'intérêt de la ville de Cannes, qu'ainsi ladite ville avait qualité pour intervenir dans l'instance qui a donné lieu à une annulation du-

(40) Nous reconnaissons qu'il s'agit un peu, ici, d'une hypothèse d'école, et que l'on conçoit assez mal comment pourrait apparaître un élément inconnu d'abord, capable de montrer légal un règlement jugé un moment illégal.

dit arrêté pour excès de pouvoir, que, dès lors, la requête, est recevable;

» Considérant *que la ville de Cannes n'invoque aucun moyen nouveau de nature à justifier l'annulation de la décision ci-dessus visée du Conseil d'Etat.* » (Requête rejetée.) (41).

La tierce opposition est donc la dernière pièce de l'édifice construit par la théorie de la chose jugée. Elle démontre le principe de l'autorité absolue et en limite les effets.

L'autorité relative n'apparaît plus que comme un compromis maladroit, une tentative manquée de conciliation entre le respect que l'on doit aux tiers et le besoin de stabilité qu'éprouve la vie en société.

Elle est fruit du défaut d'analyse de l'acte juridictionnel et de la notion de fonction étatique d'une part, de l'insuffisante systématisation des voies de recours, d'autre part.

Pour terminer l'étude de la tierce opposition, il faut indiquer que, conçue ainsi que nous le désirons, elle risque d'être une source de perpétuelle instabilité. On ne sait jamais au juste qui sera fondé ou se croira fondé à venir prétendre qu'un jugement lui nuit et que le juge, ne connaissant qu'une portion de la vérité, ne s'est formé qu'un

(41) R. 1882, p. 387.

Le Conseil d'Etat, malheureusement, est revenu à la théorie traditionnelle. L'arrêt Ville d'Avignon (8 déc. 1899, Lebon, p. 719), déclare une tierce opposition non recevable parce que dirigée contre un arrêt d'annulation ayant l'autorité absolue. Il y a lieu de noter toutefois que la requête en tierce opposition tendait « à ce qu'il plaise au Conseil rapporter sa précédente décision du 19 mai 1893, qui... a annulé pour excès de pouvoir deux arrêts... » La position prise par la Ville d'Avignon, demandant que fussent rétablis, *erga omnes*, deux arrêts précédemment déclarés nuls, était, à tous égards, fond et procédure, conforme à ce que nous croyons être la meilleure analyse juridique.

concept-procès inexact. Chaque partie, qui croyait peut-être avoir assuré au prix de gros frais sa tranquillité, et au prix de quelques concessions une prompte liquidation du procès, se verra contrainte de retourner devant le tribunal pour y prendre la défense du jugement entrepris.

N'y a-t-il pas là un argument de nature à faire écarter notre conception de la tierce opposition, tout au moins à montrer la nécessité de textes énumérant *limitativement* les cas d'ouverture ?

Nous ne le pensons pas. Tous les cas se résument en un seul : l'apport d'un élément nouveau. Mais comme il est bon que de telles procédures ne soient pas entamées à la légère, nous approuverions sans réserve que le taux de l'amende prévue par l'article 479⁽⁴²⁾ fût élevé dans de telles proportions qu'il pût inspirer une crainte suffisante et salutaire.

(42) Art. 479 C. proc. civ. « La partie dont la tierce opposition sera rejetée sera condamnée à une amende qui ne pourra être moindre de cinquante francs, sans préjudice des dommages et intérêts de la partie, s'il y a lieu. »

CONCLUSION

Avant de proposer une dernière idée, l'une des plus importantes de notre étude, il est utile de rappeler les principales de nos conclusions.

L'acte juridictionnel n'est pas un acte de volonté. Il ne peut donc pas être un acte juridique. Il est suivi d'un autre acte, entièrement distinct, par lequel il est traduit dans l'ordonnancement juridique du pays. L'acte juridictionnel a toujours la même nature, ainsi définie du point de vue matériel : réponse à une question de violation de la règle.

Constatant une violation de la règle, l'acte juridictionnel est objectif, comme la règle elle-même. Nul ne peut l'ignorer; il vaut donc *erga omnes*.

Pour avoir une valeur pratique, la fonction juridictionnelle exige que l'acte juridictionnel, une fois terminé, soit définitivement acquis. Ainsi s'introduit l'autorité de la chose jugée. Cette autorité a un rôle négatif. S'attachant à un acte de nature déterminée, elle ne dépend pas de la volonté du législateur.

L'acte juridictionnel valant *erga omnes*, l'autorité de la chose jugée est absolue. Elle interdit à quiconque de remettre ou de contraindre à remettre en question un litige déjà jugé. Et c'est là son effet direct.

Présentant comme inattaquable la réponse à la question de droit principale, l'autorité de la chose jugée invite à accorder une valeur égale aux supports de cette question principale, c'est-à-dire aux solutions de questions de droit abstraites et concrètes. Ainsi apparaissent les effets indirects de l'autorité de la chose jugée. Ils peuvent s'attacher encore à cet autre élément, moins fréquent, qu'est l'acte juridictionnel préalable. Mais ces effets indirects ne s'appliquant pas à des éléments de nature spécifiquement juridictionnelle, sont à la discrétion du législateur. Aussi trouve-t-on des solutions différentes, et toutes logiques, dans divers pays. La mentalité juridique française fait que de rares solutions concrètes ont seules droit à l'autorité, alors que la mentalité anglo-saxonne la distribue avec facilité aux solutions abstraites et aux actes juridictionnels préalables.

Le rôle fondamental de la chose jugée reste son rôle négatif. On doit, les exceptions des voies de recours mises à part, la considérer comme intangible. Il faut, toutefois, constater qu'elle agit dans les limites d'un champ d'application, et se garder de l'en faire sortir. De ce champ d'application, révision et tierce opposition tracent le cadre.

Tels sont, dans leur ensemble, les résultats auxquels nous croyons être arrivé. Nous n'aurions plus rien à dire s'il ne fallait pas signaler que les raisonnements par nous suivis peuvent avoir une conséquence inattendue.

La première partie de notre ouvrage a montré quelle analogie singulière on peut découvrir entre l'acte juridictionnel et l'un quelconque des actes de la fonction d'exécution. Leurs processus, jusqu'au moment où l'acte d'exécution devient acte de volonté, sont identiques. Nous

pouvions dire, les étudiant, qu'il n'y avait qu'un moyen de les distinguer : constater les différences de nature entre les questions principales.

De l'acte juridictionnel, différencié par la nature de sa question principale, nous nous sommes élevé à la *fonction* juridictionnelle, et celle-ci nous a dit que, pour qu'elle soit utile, il était nécessaire que jamais ne soit mise en doute la solution donnée à la question principale. Cette interdiction, nous l'avons appelée autorité de la chose jugée.

Or ce raisonnement peut s'appliquer à toutes les fonctions de l'Etat. Pour avoir un rôle efficace, elles demandent, les unes et les autres, que les actes, juridiques ou non, faits sous leurs auspices soient respectés. Une procédure législative conduit à un acte-règle, une procédure administrative produit un acte-condition ou un acte subjectif, une procédure juridictionnelle permet d'obtenir un acte juridictionnel. Tous sont également sacrés, et c'est pour cela que les fonctions sont autre chose que des mots.

Nous ne prétendons pas qu'on ne puisse, sous quelque forme que ce soit, revenir sur un acte d'une fonction de l'Etat. Nous disons simplement que cet acte ne peut être qu'*annulé*, dans des formes et conditions légales. Un acte identique au premier ne doit pouvoir s'y substituer. Sinon, d'inadmissibles conflits se produiraient. On verrait, par exemple, un poste unique occupé par deux fonctionnaires régulièrement nommés. La nécessité d'éviter de pareils conflits a donné naissance, dans le domaine de la fonction législative, à la formule d'abrogation qu'on trouve à la fin des lois. Elle s'est traduite, aussi, par la théorie universellement admise de l'abrogation implicite. Une telle solution était possible parce qu'elle s'alliait avec

l'idée de souveraineté, dont l'organe législatif est investi dans la doctrine classique. Etant, par excellence, le traducteur de la règle de droit, il se permet de violer la logique et d'abroger ses actes sans le dire. Chacun sait que les parlements ont fort à faire et les excuse d'être trop pressés.

Mais une telle attitude serait injustifiable, adoptée par la fonction administrative. Voit-on un acte d'adjudication se heurtant à un autre acte d'adjudication, les deux prétendant au même objet ? Conçoit-on une permission de voirie méconnue par une autre permission de voirie portant sur une même surface du domaine public ? Peut-on admettre, pour en finir, que deux instituteurs se disputent la même chaire, brandissant chacun une nomination qui, si la seconde n'était nulle par le fait que la première existe, seraient également régulières ?

De pareils conflits peuvent n'avoir pas de conséquences irréparables quand on s'en tient à ce degré de l'échelle. Si nous montons vers les degrés de la hiérarchie supérieure, nous verrons deux présidents de la République, tous deux élus par le Congrès de Versailles, se disputant l'Elysée. Pour sortir de pareilles situations, il n'est que le coup d'Etat.

Nous trouverons *dans le domaine judiciaire* des exemples qui, pour être moins augustes, sont aussi frappants. Rappelons que les jugements sur la compétence et la recevabilité ne sont pas des actes juridictionnels. Va-t-on admettre qu'un individu, après avoir vu son action déclarée irrecevable parce que prescrite, ou bien après avoir entendu le tribunal se déclarer incompétent, puisse aller devant un organe judiciaire de même ordre, et, cette fois,

triompher ? Evidemment non. Pourtant, on ne peut invoquer ici la chose jugée, puisqu'il s'agit d'actes qui, du point de vue matériel, sont actes administratifs.

Considérons aussi la décision consécutive; elle est souvent acte administratif. Un tribunal a constaté une violation de la règle et fait un acte qui la répare. Va-t-il revenir sur l'indemnité allouée, sur les réparations ordonnées ? En un mot, va-t-il pouvoir substituer à une décision consécutive une autre décision consécutive ? Si oui, il est inutile d'attendre rien de stable de l'activité judiciaire.

Ces exemples frappent l'esprit. Plus, même, que les exemples puisés dans le domaine administratif formel. Nous avons ajouté « formel » à dessein, puisque jugements de compétence et de recevabilité, décisions consécutives, sont, dans l'immense majorité des cas, actes administratifs matériels. Si notre esprit accepte plus complaisamment les exemples du domaine judiciaire, c'est qu'il est mieux habitué aux distinctions formelles qu'aux distinctions matérielles.

Pour toutes les fonctions de l'Etat, les nécessités sont les mêmes. Elles demandent que, dans des conditions données, en face de besoins prévus, *une* décision soit prise en connaissance de cause, et qu'on s'y tienne. Cette nécessité s'est appelée, dans le domaine judiciaire, l'autorité de la chose jugée.

Pourquoi apparut-elle ici mieux qu'ailleurs ? C'est que, sans doute, en matière judiciaire, le besoin de stabilité devenait vraiment impérieux. Les solutions définitives, ensuite, apparaissaient moins redoutables; l'esprit se sentait rassuré par un formalisme prudent. La justice était tou-

jours apparue, d'autre part, comme la fonction la plus auguste, celle que les rois tiennent à honneur d'exercer. Ainsi la chose jugée se montrait « dans son entière majesté ».

Elle ne pouvait, toutefois, devenir autre chose que la traduction du besoin de stabilité qu'éprouvent, avec une intensité variable, les différentes fonctions de l'Etat.

La conclusion de toute cette étude est-elle donc, comme tant de conclusions, strictement négative ? L'autorité de la chose jugée n'est-elle qu'un nom donné, *dans un cas spécial*, à une nécessité juridique en qui se concentre toute valeur ? La fonction juridictionnelle apparaît-elle comme soumise aux mêmes lois que les autres fonctions, et les différenciations entre organes, si longtemps vénérées, se révèlent-elles, en définitive, comme toujours plus vaines et floues ?

Oui, dirions-nous, si le point de vue formel consentait à disparaître, s'il ne prenait pas une magnifique revanche. Sans lui la notion d'acte juridictionnel s'évanouit, et, avec elle, la notion de chose jugée. Il est vrai que ce n'est point là un caractère propre. Car, sans le point de vue formel, la notion d'acte législatif disparaît aussi, et il ne reste que la notion d'acte-règle. Méfions-nous toutefois, car l'instant est proche où le point de vue formel confèrera à l'acte juridictionnel une valeur spéciale, à qui rien ne saurait être comparé.

Nous cantonnant sur le terrain du droit français, nous dirons que cette valeur est l'autorité des solutions concrètes. *Elle ne peut naître que grâce au point de vue formel*. Dire que tel fait, juridique ou matériel, aura désormais, *erga omnes*, une existence incontestable, est certainement une conclusion facile : la logique y conduit quand a été comprise la nécessité absolue de reconnaître

une pareille valeur à la question de violation de la loi. Mais le bon sens, qui toujours voit juste, s'insurge.

Il lui semble que tant d'assurance dans l'affirmation mérite prudence et précaution. Il se tourne vers le point de vue formel. Pour le satisfaire, celui-ci indique une procédure minutieuse, des solennités prévues. Ainsi, à cet être inviolable qu'est l'acte juridictionnel il donne une dignité. Par ses multiples exigences, il écarte quelques chances d'erreurs. L'acte juridictionnel ayant pour rôle, afin de constater la violation de la règle, d'affirmer des faits, il lui dit d'avoir à exprimer ces faits dans les motifs des jugements. Et, sachant que ces motifs auront des conséquences lointaines, il fait admettre, enfin, qu'ils soient le fruit d'enquêtes menées selon des lois.

Ainsi s'impose la valeur du point de vue formel, auquel est confié le soin d'adapter la logique à la vie.

Cette logique, suffit-il de l'adapter ?

La vie de société n'est pas, selon nous, une somme de faits rigoureusement déterminés. S'il est des lois sociales, elles sont moins rigides que ne le sont les lois physiques. L'observateur, sans doute, discerne un ensemble de causes et d'effets; il les observe dans le passé et les retrouve dans le présent. Sur ces observations il peut construire une véritable science. Mais, soit qu'il faille écarter en matière sociale le principe du déterminisme intégral, soit que nous ne connaissions qu'un petit nombre des données fondamentales nécessaires à l'élaboration d'une science rigoureuse, nous devons affirmer que la déduction purement logique ne peut être acceptée, ici, sans défiance. Si nous avons le droit de l'utiliser, ce nous est une obligation que d'examiner les résultats obtenus, non plus sous l'angle de la logique, mais du point de vue plus humain de la commodité.

Or cette étude, nous l'annoncions à la fin de notre introduction, a surtout mis à contribution le raisonnement logique. Il nous a permis de construire un certain nombre de théories juridiques. Nous nous mêlions alors à quelques controverses. Les praticiens continueront, à tort peut-être, de n'y voir que disputes d'école.

Seulement, toujours au nom de la logique, nous n'avons pas craint d'affirmer que le principe de l'autorité relative de la chose jugée devait céder la place au principe de l'autorité absolue. Nous quitions ainsi le terrain de l'école pour pénétrer sur le terrain pratique. Les tribunaux, en effet, font une application constante de l'autorité relative, et la doctrine, unanime ou presque, les a toujours approuvés.

Maintenant que notre construction logique est achevée, nous devons donc nous demander quel est celui des deux principes, principe de l'autorité relative, principe de l'autorité absolue, qui présente, au regard de la société, la plus grosse somme de commodités. Nous avons longuement montré que l'autorité relative ne manquait pas d'inconvénients. Il serait trop beau que l'autorité absolue n'en eût point ! Le problème est donc de savoir qui des deux en a le moins.

Tous les inconvénients de l'autorité relative deviennent, cela va de soi, les avantages de l'autorité absolue. L'autorité relative s'étant montrée impuissante à régir les questions d'état des personnes, la jurisprudence la sacrifia pour partie et n'y revint récemment qu'en soulevant les protestations des auteurs. Or les procès des questions d'état ne sont qu'un cas particulier de l'immense contentieux objectif : le besoin de stabilité, d'unité, qu'on éprouve en matière de situations objectives reste le même quelle que

soit la situation en cause. Il n'est pas douteux que, de ce point de vue, l'autorité absolue triomphe, et sans la moindre restriction.

L'autorité relative, ensuite, présente le grave défaut de morceler l'activité judiciaire. Chaque procès devient un tout. Et ce tout se suffit à soi-même. Le juge n'est pas tenu, avant de résoudre une difficulté, de se demander ce qu'un autre juge a pensé de l'affaire à propos d'un procès connexe. Il lui est loisible de dire que tel fait n'a pas eu lieu, que telle circonstance ne s'est pas réalisée, que tel rapport de filiation n'existe pas, alors que, dans un procès précédent, un autre juge a dit le contraire. Peu importe qu'une même personne soit intéressée dans ces deux procès : il suffit que, de l'un à l'autre, son adversaire ait changé. Il en résulte de multiples difficultés, d'innombrables contradictions. Elles ouvrent la porte à la casuistique et facilitent d'inavouables spéculations. A tout ce mal, l'autorité absolue apporte remède. Elle assure une cohésion parfaite des différentes sentences, elle évite de nouveaux procès. Elle est, en un mot, un puissant facteur de simplification.

L'autorité relative, enfin, ne peut être conciliée avec l'une des pièces de notre système de voies de recours, la tierce opposition. Cette voie de recours trouve naturellement sa place dans l'édifice de l'autorité absolue, et celle-ci ne peut se concevoir sans elle.

Telles sont, brièvement rappelées, les commodités qu'il faut inscrire à l'actif de l'autorité absolue de la chose jugée.

Voyons maintenant le passif.

Il peut sembler, au premier abord, important. Muni d'une autorité relative, le jugement ne lésait que les parties

ou ne profitait qu'à elles. Muni d'une autorité absolue, il pourra léser nombre de personnes qui n'auront point figuré au procès. La conséquence logique, nous l'avons dit, est qu'il faut ouvrir bien grande aux tiers la porte des voies de recours. Il faut leur donner, d'abord, le droit d'interjeter appel, puisque chacun, en France, a normalement droit à deux degrés de juridiction. Et, déjà, nous comprenons que l'autorité absolue nous amène à une reconstruction générale de notre système de voies de recours, reconstruction devant laquelle on peut hésiter. Il faut, ensuite, donner aux tiers le droit de former tierce opposition pour démontrer l'erreur du juge. Et comme on ne peut demander à quelqu'un d'user de l'une ou l'autre de ces voies de recours avant d'avoir eu connaissance du jugement, les délais de forclusion ne pourront courir à l'égard des tiers que du jour où ils auront été informés. Il n'est donc aucun jugement qui soit assuré de n'être jamais détruit.

L'autorité absolue, en qui nous avons voulu voir un élément de stabilité, ne risque-t-elle pas d'être, au contraire, une source de perpétuelle instabilité ? Instabilité d'autant plus grave que le jugement pourra produire, durant de longs espaces de temps, de nombreux effets. Au moment qu'il sera détruit, ces effets devront disparaître. Combien de questions délicates se poseront à ce moment-là !

Les jugements, d'autre part, ne sont pas des solutions parfaites apportées à des conflits sociaux par un juge idéal. Ils ne donnent souvent à la demande de réparation de la violation de la règle qu'une satisfaction incomplète ; le juge n'aura pu se faire une idée du procès tout à fait conforme à la réalité. Pourtant, les parties peuvent décider de ne pas poursuivre plus avant : leurs principaux désirs satisfaits, elles estiment que sacrifier quelques points accessoires vaut mieux que faire les frais d'une voie de recours.

Elles acquiescent, et assurent ainsi leur repos au prix de quelques concessions. Or, si l'autorité de la chose jugée devient absolue, l'acquiescement perd toute valeur, n'importe quel tiers intéressé pouvant, s'il a les éléments nécessaires, détruire le jugement.

Ce n'est pas tout. Supposons qu'un individu ait obtenu un jugement qui lui donne raison. Si ce jugement est attaqué par un tiers au procès, ce qui peut arriver fort longtemps après, la partie n'aura qu'un moyen d'en assurer le maintien : défendre à la nouvelle instance. D'où l'obligation de subir des frais.

Nous croyons que, dans tout cela, il y a beaucoup plus d'apparence que de réalité. On ne peut accepter, dit-on, que les tiers viennent détruire un jugement considéré par les parties, depuis longtemps parfois, comme définitivement acquis. Mais gardons-nous d'oublier que posséderont seuls ce droit les tiers qui auront intérêt. Et ceci suffit à réduire considérablement le risque redouté. Pratiquement, cet inconvénient de l'autorité absolue de la chose jugée ne paraît pas si grand qu'elle ne puisse être acceptée, puisque les tribunaux en font une application quotidienne : les questions d'état, la théorie de la représentation, la portée des jugements répressifs, celle des arrêts rendus sur recours pour excès de pouvoir, montrent que l'autorité absolue fonctionne et qu'on ne saurait s'en passer.

Rappelons aussi que, pour faire tomber un jugement, le tiers doit apporter la preuve de l'existence d'un fait de nature à modifier l'opinion du juge. Nous proposons de supprimer l'énumération limitative des cas dans lesquels cette preuve est admise, mais nous croyons que, le plus souvent, elle sera fort difficile à administrer. Et la difficulté croîtra sans cesse à mesure que le temps passera. Si l'on y joint

la crainte salutaire d'une forte amende, on aboutira sans peine à réduire le nombre des tierces oppositions, à redonner à l'acte juridictionnel toute la stabilité désirable.

Observés avec soin, les inconvénients de l'autorité absolue s'atténuent jusqu'à disparaître. Mais ses avantages, que nous croyons immenses, demeurent.

Nous concluons donc qu'il faut, au minimum, renverser le principe accepté et poser la règle de l'autorité absolue de la chose jugée. Une bonne analyse de l'acte juridictionnel, une saine compréhension des rapports sociaux en matière processuelle, ne peuvent admettre qu'il en soit autrement.

Ceci dit, nous accepterions que l'on fasse, à la rigueur, et sous la forme de l'autorité relative, des exceptions à la règle de l'autorité absolue. Nous pensons qu'elles devraient être rares, et ne jamais être choisies hors le domaine du contentieux subjectif. Nous pensons aussi que le législateur serait seul compétent pour désigner les cas où ces exceptions trouveraient leur place. Peut-être, en revanche, vaudrait-il mieux qu'il ne le dise pas avec trop de précision. Il faut donner au juge les moyens et l'envie de cultiver le sens de l'opportunité, car il n'est pas démontré que, en matière juridictionnelle, celui-ci ne doive pas l'emporter très souvent sur la plus somptueuse logique.

VU : *Le Doyen,*
J.-G. FERRON.

VU, BON A IMPRIMER :
Le Président,
VIZIOZ.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Bordeaux, le 26 mars 1931.
Pour le Recteur de l'Académie :
Le Vice-Président du Conseil de l'Université.

C. SIGALAS.

Les visas exigés par les règlements ne sont donnés qu'au point de vue de l'ordre public et des bonnes mœurs. (Délibération de la Faculté du 12 août 1879.)

BIBLIOGRAPHIE

- ALLARD. — De l'autorité de la chose jugée en matière civile. Thèse Caen, 1875.
- APPLETON. — Traité élémentaire du contentieux administratif. Dalloz, 1917.
- ARTUR. — De la séparation des pouvoirs et de la séparation des fonctions de juger et d'administrer, 1904.
- AUDINET. — De l'autorité au civil de la chose jugée au criminel. Thèse Poitiers, 1883.
- BERTHÉLEMY. — Traité élémentaire de droit administratif. Paris, Rousseau, 1930, 12^e édition.
- BLACKSTONE. — Commentaire sur les lois anglaises. Trad. Chompré, 6 vol. Paris, 1822.
- BONNARD. — Le pouvoir disciplinaire. Thèse Bordeaux, 1903.
- Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir. *Rev. de droit public*, 1923, p. 363.
 - Précis de droit administratif. Sirey, 1926.
 - La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl. *Rev. de droit public*, 1928, p. 668.
 - Compte rendu bibliographique sur la thèse de M. Lureau. *Rev. de droit public*, 1930, p. 381.
- BÜLOW. — Force absolue de la chose jugée. *Archiv. für die civilistische Praxis*, 1894, t. XXXIII, I, p. 1 et s.
- CARRÉ DE MALBERG. — Contribution à la théorie générale de l'État, 2 vol., Paris, Tenin, 1920-1922.
- CHÉNEAUX. — Autorité des jugements en matière de questions d'état et de capacité générale. Thèse Bordeaux, 1895.
- CHEVALIER. — Le concept et l'idée. Mélanges d'Hauriou, p. 111. Paris, Sirey, 1929.
- CHIOVENDA. — Principii di diritto processuale civile, 3^e édition, 1912.
- COLIN et CAPITANT. — Traité élémentaire de droit civil, 4^e édition, 1923-1925. Paris, Dalloz.
- CUCHE. — Précis de procédure civile et commerciale, Paris, Dalloz, 1924.

- DUEZ. — Contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. *Mélanges d'Hauriou*, p. 241. Paris, Sirey, 1929.
- DUGUIT. — *Traité de droit constitutionnel*, 2^e édition, 1924-1925, et 3^e édition, 1928-1930, 5 vol. De Boccard.
- EISENMANN. — *La justice constitutionnelle et la Haute Cour d'Autriche*. Thèse Paris, 1928.
- ESMEIN. — *Effet relatif de la chose jugée*. *Mélanges de Gérardin*. Paris, 1907, p. 229.
- *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 17^e édition, 1921. Sirey.
- ESMEIN (Paul). — *Des effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création des droits*. Thèse Paris, 1914.
- FRANQUEVILLE (DE). — *Le système judiciaire de la Grande-Bretagne*, 2 vol. Paris, 1893.
- GARSONNET. — *Traité théorique et pratique de procédure*, 4 vol., 1882-1891.
- GARSONNET et CÉZAR-BRU. — *Traité de procédure civile et commerciale*, 3^e édition, 1912-1925, 9 vol. Paris, Tenin.
- GÉNY. — *Science et technique en droit privé positif*, 2 vol., 2^e édition, 1914-1924.
- GIRARD. — *Manuel élémentaire de droit romain*, 6^e édition, Rousseau, 1918.
- GLASSON. — *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre*. Paris, 1882, 6 vol.
- GLASSON, MOREL et TISSIER. — *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3^e édition. Sirey, 1925 (3 vol. parus).
- GOLDSMIDT. — *Zivilprozessrecht*. Berlin, 1929.
- HAURIU. — *Précis de droit constitutionnel*, 2^e édition. Sirey, 1929.
- *Précis de droit administratif*, 11^e édition. Paris, Sirey, 1927.
- *Les éléments du contentieux*. *Recueil de législation de Toulouse*, 1905, p. 1, et 1907, p. 149.
- JACQUELIN. — *Principes dominants du contentieux administratif*. Paris, 1899.
- JAPIOT. — *Traité de procédure civile et commerciale*, 2^e édition. Paris, Rousseau, 1929.
- *De la distinction de la juridiction contentieuse et de la juridiction gracieuse*. *Rev. trimestrielle de droit civil*, 1912, p. 781.
- JELLINEK. — *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Berlin, 1905.
- *Allgemeine Staatslehre*. Berlin, 1914.
- JÈZE. — *L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux*. *Revue de droit public*, 1909, p. 667.
- *De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel*. *Rev. de droit public*, 1913, p. 437.
- *Les principes généraux du droit public*, 3^e édition. Giard, 1925.
- LABAND. — *Le droit public allemand*, édition française, 1901-1904.

- LACHELIER. — Introduction à la Monadologie de Leibniz. Édition Hachette.
- LACOSTE. — L'autorité de la chose jugée en matière civile, criminelle et administrative. *Répertoire général du droit français*, v^o Chose jugée; 3^e édition revue et augmentée par M. Bonnacarrère, 1914. Sirey.
- LAFERRIÈRE. — Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 2^e édition. Paris, 1896.
- LAMBERT. — Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. Paris, Giard, 1921.
- LÉVY-ULLMANN. — Éléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques, t. I et II. Sirey, 1917.
- LOTH. — L'autorité de la chose jugée en matière administrative. Thèse Lille, 1911.
- LUREAU. — Interprétation des règlements administratifs et appréciation de leur légalité par les tribunaux judiciaires. Thèse Bordeaux, 1930.
- MARTY. — La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait. Thèse Toulouse, 1929, Sirey, 1929.
- MAYNARD. — Le jugement déclaratoire. Thèse Lyon, 1922.
- MÉRIGNHAC. — Traité théorique et pratique des ordonnances sur requêtes et des référés, 2^e édition, 2 vol. Toulouse, 1923.
- MERKL. — Allgemeines Verwaltungsrecht. Wien u. Berlin, Springer, 1927.
- MESTRE. — Recherches sur l'exception d'illégalité. Mélanges Hauriou, p. 567. Paris, Sirey, 1929.
- MOMMSEN. — Droit pénal romain. Trad. Duquesne, 1907, 3 vol.
- NÉRINCX. — L'organisation judiciaire aux États-Unis, 1 vol. Giard, 1909.
- PLASSARD. — Ouvertures communes à cassation et à requête civile. Thèse Paris, 1924.
- PLANIOI et RIPERT. — Traité pratique de droit civil français, 1925. Librairie du droit et de la jurisprudence.
- Traité élémentaire de droit civil, 10^e édition, 1925. Librairie du droit et de la jurisprudence.
- RÉGLADE. — L'exception d'illégalité en France. *Rev. de droit public*, 1923, p. 393.
- Du prétendu contrôle de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir. *Rev. de droit public*, 1925, p. 413.
- ROCCO. — La sentenza civile, 1906.
- SAVATIER. — Note sous cassation, 23 avril 1925, D. P., 1925. 1. 201.
- TOURNYOL DU CLOS. — Essai sur le recours pour excès de pouvoir. Thèse Paris, 1905.
- TROTABAS. — Constitution et gouvernement de la France. Colin, 1930.
- VIZIOZ. — Études de procédure. I. Observations sur l'étude de la pro-

cédure civile. II. Les notions fondamentales de la procédure et la doctrine française du droit public. De Boccard, 1931 (Extrait de la *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*).

WALINE. — Éléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en droit positif français. *Rev. de droit public*, 1928, p. 441.

— La notion judiciaire de l'excès de pouvoir; l'excès de pouvoir du juge. Thèse Paris, 1926.

— Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel. *Rev. de droit public*, 1930, p. 197.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION. — Le problème de l'autorité de la chose jugée. Théorie de l'autorité relative. Les difficultés qu'elle soulève en jurisprudence et en doctrine. Les questions de l'autorité de la chose jugée, de l'acte juridictionnel et de la distinction des contentieux sont intimement liées. La méthode suivie.....	5
 PREMIÈRE PARTIE L'acte juridictionnel.	
Importance du problème de l'acte juridictionnel.....	21
TITRE I. — Le critère matériel de l'acte juridictionnel.	
CHAPITRE I. — <i>Les questions et les solutions de droit</i>	23
Section I. — <i>Le rôle des questions de droit.</i>	
Tous les agents de l'État résolvent des questions de droit. Une question de droit ne peut servir de critère.	
Une solution de question de droit n'est jamais une fin.	26
Section II. — <i>Les différentes catégories de questions de droit</i> ...	31
§ 1. Les questions de droit abstraites.	
Elles ont trait à l'interprétation de la loi.....	33
§ 2. Les questions de droit concrètes.	
Elles ont trait à la démonstration, au regard du droit, de l'existence d'un fait.....	35
§ 3. Les questions de droit principales.	
Chacune d'elles est la confrontation d'un ensemble de faits avec la règle de droit. Rapprochement de l'acte juridictionnel et de l'acte administratif.....	37
CHAPITRE II. — <i>La fonction d'exécution de la norme et l'exécution de la norme</i>	44
Section I. — <i>L'activité des agents publics. La fonction d'exécution.</i>	
La théorie de la formation du droit par degrés du professeur Merkl. Tout agent est investi de la fonction d'exécution. Le pouvoir discrétionnaire.....	45
Les questions de droit et la fonction d'exécution. La question de droit principale se formule ainsi : y a-t-il lieu d'exécuter la règle ? Exemple de la loi formelle et matérielle.....	49

	Pages
<i>Section II. — L'activité privée. L'exécution.</i>	
Les individus sont soumis à la norme. Théorie intégralement normativiste de M. Merkl. Unité de l'ordonnement juridique. Quand il fait un acte, et quel que soit cet acte, le particulier exécute la règle de droit.....	33
CHAPITRE III. — La notion d'acte juridictionnel. Le critère matériel.	
<i>Section I. — L'acte juridictionnel répond à une question posée sur la violation de la règle.</i>	
La règle, étant norme, postule, en même temps que l'exécution, le contrôle de l'exécution.....	39
Les auteurs n'ont pas cru devoir présenter l'acte juridictionnel comme résolvant exclusivement une question de légalité.....	61
<i>Section II. — Conséquences immédiates de la notion de juridiction.</i>	
1 ^o Toutes les fois qu'un acte juridictionnel a été fait, une question de légalité a été posée.....	67
2 ^o L'acte juridictionnel peut avoir à juger de la légalité de n'importe quel acte d'exécution.....	68
3 ^o La notion de juridiction s'introduit à tous les degrés de l'échelle des normes	68
4 ^o Le contenu de l'acte juridictionnel est strictement limité. La décision consécutive.....	70
5 ^o L'acte juridictionnel est lui-même une exécution....	71
<i>Section III. — Justification détaillée de notre notion de la juridiction.</i>	
§ 1. L'acte juridictionnel doit répondre à une question posée sur la violation de la règle.	
Vérification à l'aide de la classification des contentieux proposée par Duguit et de la classification proposée par M. Jèze.....	72
§ 2. L'acte juridictionnel peut constater une violation de la règle passée, présente ou future.	
Le droit français n'admet pas la constatation d'une violation future. Les jugements <i>di mero accertamento</i> . Le § 236 du Code de procédure civile allemand.	82
Note sur la procédure de vérification d'écriture.	85
<i>Conclusion du chapitre III. — Ce qu'est exactement l'acte juridictionnel.....</i>	87
TITRE II. — Analyse de l'activité du juge.	
Notre étude ne fait aucune place à la juridiction gracieuse. Comment nous proposons de définir le contentieux.....	91
CHAPITRE I. — Procédures préalables et phases du procès qui précèdent l'acte juridictionnel.	
<i>Section I. — L'instruction.</i>	
§ 1. L'instruction du procès en matière pénale.....	93

	Pages
§ 2. L'instruction du procès en matière civile.	
I. Jugements interlocutoires et préparatoires.....	95
II. Jugements provisoires.....	96
III. Jugements définitifs avant dire droit.....	96
IV. Jugements sur la litispendance et la connexité.	
Jugements de renvoi.....	98
<i>Section II. — Les ordonnances de référés.</i>	
Les ordonnances de référés sont précédées d'actes ayant des natures juridiques très variées. Ces actes parfois des actes juridictionnels.....	100
<i>Section III. — La recevabilité. La compétence.</i>	
§ 1. La compétence.	
La question de la compétence n'est pas d'ordre juridictionnel.....	104
§ 2. La recevabilité.	
La question de la recevabilité n'est pas non plus d'ordre juridictionnel.....	107
Les questions de la compétence et de la recevabilité n'en font qu'une. Les conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir. L'ensemble des conditions de compétence et de recevabilité forme une question de droit principale relative à l'exécution de la loi.....	111
CHAPITRE II. — <i>L'acte juridictionnel.</i>	
La prétention et la contestation ne sont pas des éléments de l'acte juridictionnel.....	114
<i>Section I. — La première partie de l'acte juridictionnel. La notion de fait. Le choix des faits.</i>	
§ 1. Théorie de la connaissance et du choix des faits de la cause.	
Le juge ne saisit pas la réalité : il n'a que des concepts.	
Le concept-procès. Le concept-procès doit tendre vers l'image exactement conforme à la réalité.....	117
Le concept-procès est un agrégat de solutions de droit concrètes.....	120
§ 2. Les questions préjudicielles relatives à la connaissance des faits de la cause.	
Ce qu'est une question préjudicielle.....	124
I. Interprétation des règlements administratifs.	
II. Interprétation des actes administratifs individuels.	125
III. Solution d'une question de droit concrète réservée à une juridiction spéciale.....	126
<i>Section II. — La deuxième partie de l'acte juridictionnel. Le choix de la règle.</i>	
Dans cette phase, le juge ne fait que résoudre des questions de droit abstraites. Elles sont d'importance très variable.....	127
Le processus suivi par la pensée de l'agent est, dans l'acte juridictionnel, inverse de celui qu'elle suit dans l'acte d'exécution. Dans l'acte juridictionnel, la pensée part des faits et s'élève à la règle.....	131

	Pages
<i>Section III. — La troisième partie de l'acte juridictionnel. La réponse à la question de violation de la règle.....</i>	136
Le problème de la qualification. Il est considéré à tort comme de nature spécifiquement juridictionnelle....	137
<i>Section IV. — Analyse de l'acte juridictionnel dans l'hypothèse où il est le plus complexe. L'acte juridictionnel préalable.</i>	
La constitution de la question principale exige parfois la solution d'une question de violation de la règle : l'article 471, alinéa 1 ^{er} , du Code pénal.....	140
Le problème reste le même quel que soit le degré de la norme que l'on prétende violée. Note sur l'exception d'inconstitutionnalité.....	141
L'acte juridictionnel préalable se rencontre fréquemment, et dans des hypothèses très variées.....	144
<i>Section V. — Nature de l'acte juridictionnel.</i>	
Le rôle de la volonté. Distinction de l'acte juridictionnel et de la décision consécutive.	
L'acte juridictionnel n'est pas un acte de volonté. Opinion de Laband et Rocco.....	145
Le problème du rôle de la volonté dans l'acte juridictionnel se ramène à la question suivante : la décision consécutive fait-elle partie de l'acte juridictionnel...	148
M. Jèze distingue les deux actes et considère néanmoins l'acte juridictionnel comme un acte de volonté. Pourquoi nous rejetons cette opinion.....	149
L'acte juridictionnel n'est pas un acte de volonté et doit être séparé de la décision consécutive.....	150
L'acte juridictionnel et la décision consécutive sont du ressort de deux fonctions différentes.....	152
L'opinion de Duguit. Sa théorie de l'acte juridictionnel. Le lien qui réunit les deux éléments précédents constitue, selon lui, le caractère spécifique de l'acte juridictionnel	154
L'acte juridictionnel est une condition, mais non pas un acte-condition.....	157
La séparation qui existe entre la solution principale et la décision consécutive en matière juridictionnelle ne se retrouve pas entre la solution principale et l'acte juridique en matière d'exécution de la règle.....	159
La réponse affirmative à la question de violation de la règle n'est pas la seule condition nécessaire pour qu'il puisse y avoir une décision consécutive.....	161
<i>CHAPITRE III. — La décision consécutive.</i>	
La décision consécutive répare la violation de la règle. Elle peut être un acte-règle, condition ou subjectif...	163
<i>Section I. — Le rôle de la décision consécutive.</i>	
§ 1. La décision consécutive assure la réparation qu'exige la violation de la loi.	
I. La loi a été violée par inexécution.....	166

	Pages
II. La loi a été violée par un acte positif.	
A. La loi a été violée par un acte juridique.....	168
B. La loi a été violée par un acte matériel ou par une attitude qui porte atteinte à l'intégrité du patrimoine matériel ou moral de l'individu.....	169
§ 2. La décision consécutive applique les prescriptions que la loi édicta pour certaines hypothèses.....	171
Section II. — <i>Acte juridictionnel sans décision consécutive.</i>	
Hypothèses variées où l'on ne trouve pas de décision consécutive.....	172
L'hypothèse principale, signalée par M. Bonnard, est celle où la réponse à la question de violation de la loi est négative.....	174
CHAPITRE IV. — <i>Étude de quelques jugements et de la manière dont y sont traduits les différents actes d'une procédure contentieuse.</i>	
Les actes préalables à l'acte juridictionnel : jugements avant dire droit, de compétence et de recevabilité....	178
L'acte juridictionnel.....	181
I. Les solutions de questions abstraites.....	183
II. Les solutions de questions concrètes.	
III. La solution de la question principale.....	184
IV. La décision consécutive. Distinction des motifs et du dispositif.....	187
TITRE III. — Le critère formel de l'acte juridictionnel.	
Nous ne revenons pas sur le caractère juridictionnel bien connu des actes des juridictions administratives.....	191
CHAPITRE I. — <i>Application du critère matériel de l'acte juridictionnel aux pouvoirs disciplinaire et hiérarchique.</i>	
Analyse d'un acte disciplinaire.....	193
Analyse d'un acte d'annulation pour cause d'illégalité d'un acte d'un inférieur.....	195
Le critère matériel ne peut suffire pour déterminer l'acte juridictionnel.....	196
Opinion contraire de MM. Duguit et Jèze.....	198
CHAPITRE II. — <i>Justification de la nécessité d'un critère formel.</i>	
Section I. — <i>L'histoire</i>	200
Section II. — <i>La doctrine.</i>	
Tous les auteurs, consciemment ou inconsciemment, font une place au point de vue formel. Le problème de la contestation : ce n'est peut-être qu'un problème formel.....	205
M. Jèze en arrive à soutenir une théorie presque exclusivement formelle.....	209
Doctrines de M. Japiot.....	212
Doctrines de M. Hauriou : c'est une doctrine exclusivement formelle.....	213
Doctrines de M. Carré de Malberg.....	216

	Pages
Duguit semble avoir échappé au point de vue formel..	217
Le critère formel n'est pas un « réactif » qui permet de suppléer le critère matériel.....	218
 CHAPITRE III — Le critère formel de l'acte juridictionnel.	
Le critère formel de l'acte juridictionnel nous indique quel est le minimum de garanties formelles nécessaires pour que ne soient pas qualifiés de juridictionnels des actes qui n'auraient pas pour objet une constatation de violation de la règle.....	221
Les différents systèmes de garanties.....	223
La « juridictionnalisation » de la répression disciplinaire. Elle est pour partie une « formalisation ».....	225
§ 1. La distinction des organes.	
L'acte ne sera juridictionnel que s'il est fait par un agent distinct du supérieur hiérarchique au disciplinaire.....	227
§ 2. La structure des organes compétents.	
Elle ne peut constituer un élément du critère formel...	229
§ 3. Les formes dans lesquelles l'acte juridictionnel est accompli.	
Elles ne peuvent être insérées non plus dans le critère formel. Distinction du critère formel et des conditions formelles de validité.....	230
§ 4. La forme sous laquelle l'acte juridictionnel lui-même apparaît.	
Le problème des motifs. Il n'est pas nécessaire que l'acte soit motivé pour être juridictionnel au sens formel.....	234
Le critère formel se réduit à la distinction des organes.	236
 CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	 239

DEUXIÈME PARTIE

L'autorité de la chose jugée.

TITRE I. — L'autorité de la solution de la question de droit principale et la portée de cette autorité.

CHAPITRE I. — La nature de l'autorité de la chose jugée. Son rôle. Son effet direct.

§ 1. L'autorité de la chose jugée ne peut s'appliquer qu'aux actes juridictionnels. C'est la conséquence même du fait que nous acceptons les classifications matérielles...	243
L'autorité ne peut s'appliquer aux décisions d'instruction et aux jugements avant dire droit.....	245
Elle peut s'appliquer parfois à l'acte du juge qui conditionne l'ordonnance de référé.....	249
Elle ne s'applique pas aux jugements de compétence et de recevabilité, ni à la décision consécutive. Distinc-	

	Pages
tion de l'autorité de la chose jugée et des effets du jugement. La règle : l'autorité ne s'applique qu'au dispositif, doit être rejetée!.....	251
§ 2. A quel élément précis de l'acte juridictionnel s'applique l'autorité de la chose jugée.	
Elle ne s'applique qu'à la réponse à la question de violation de la loi.....	253
Distinction de son effet direct et de son effet indirect...	256
§ 3. L'autorité de la chose jugée. Son rôle négatif.	
L'autorité interdit de reposer une seconde fois au juge la même question de violation de la loi.....	257
§ 4. L'autorité de la chose jugée est négative <i>erga omnes</i> ; première apparition de l'idée d'autorité absolue. L'effet positif de l'autorité de la chose jugée	263
§ 5. La chose jugée et l'ordre public.	
Contrairement à l'opinion courante, le juge doit soulever lui-même l'exception de chose jugée	267
CHAPITRE II. — <i>La portée de l'autorité de la chose jugée.</i>	
Section I. — <i>La théorie classique.</i>	
L'autorité ne serait que relative.....	272
Aucun système proposé ne peut être retenu. La distinction des jugements constitutifs et déclaratifs est erronée.....	274
Section II. — <i>L'autorité de la chose jugée est toujours absolue.</i>	
L'acte juridictionnel étant toujours identique à lui-même dans sa nature est identique à lui-même dans sa portée. Cet acte étant de nature objective, l'autorité est absolue	277
L'expérience, le bon sens, l'équité viennent à l'appui de cette opinion.....	278
Section III. — <i>La théorie du doyen Duguit.</i>	
La théorie de M. Jèze sur les « chances d'erreurs » sera étudiée au chapitre des voies de recours.....	284
La théorie de Duguit. Cette théorie sur la chose jugée est en contradiction avec la théorie du même auteur sur l'acte juridictionnel. Elle repose sur une distinction des contentieux qu'on ne peut accepter qu'avec réserves.....	285
CHAPITRE III. — <i>La distinction des contentieux.</i>	
Section I. — <i>Étude de la distinction des contentieux.</i>	
§ 1. Critique de la distinction du doyen Duguit.	
Duguit distingue deux espèces de contentieux qu'il détermine par la nature d'une question principale dont il n'a pas donné le critère.....	289
Duguit a fondu avec raison les deux hypothèses de la violation de la règle et de la violation d'une situation objective. Mais les motifs de cette fusion ne permettent pas de classer à part l'hypothèse de la violation d'une situation subjective.....	292

	Pages
Démonstration, à l'aide de l'analyse de l'acte juridique faite par Duguit, du fait que la violation d'une situation subjective est toujours aussi une violation de la règle objective.....	294
Il n'y a aucune différence de nature entre le contentieux subjectif et le contentieux objectif.....	301
§ 2. Pourquoi il faut maintenir la distinction des contentieux objectif et subjectif. Le critère.....	301
I. Les personnes <i>intéressées</i> par la violation d'une situation subjective sont nommément désignées et en nombre limité.....	302
II. La situation juridique subjective ne peut être parfaitement connue que si toutes les parties intéressées dans cette situation sont en cause.....	303
III. S'il y a violation d'une situation subjective, la différence de personnes entraîne, en matière processuelle, la différence d'objets.....	311
IV. Le critère.....	316
§ 3. Exemples de cas de contentieux. Erreur commise par Duguit au sujet du contentieux de la légalité des actes subjectifs.....	317
I. Exemples de contentieux objectif.	
Contentieux de la répression.....	318
Contentieux de la réparation.....	318
Contentieux des questions d'état.....	318
Contentieux de la légalité des actes juridiques.....	318
Le contentieux de la légalité des actes subjectifs est un contentieux objectif.....	319
II. Exemples de contentieux subjectif.....	322
<i>Section II. — La distinction des contentieux et l'autorité de la chose jugée.</i>	
L'autorité, même dans le cas du contentieux subjectif, est toujours absolue.....	323
§ 1. Contentieux objectif.	
1 ^o Contentieux de la répression.	
Le règle <i>Non bis in idem</i> . L'autorité du criminel sur le civil.....	323
2 ^o Contentieux de la réparation.	
L'acte juridictionnel vaut à l'égard des personnes civilement responsables et des compagnies d'assurances.....	325
3 ^o Contentieux des questions d'état.....	327
4 ^o Contentieux de la légalité des actes juridiques.	
La théorie de l'autorité relative des décisions de rejet sur recours pour excès de pouvoir. Elle n'est pas fondée.....	327
§ 2. Contentieux subjectif.	
La doctrine et la jurisprudence en sont revenues, par des moyens variés, à l'autorité absolue.....	333
Le contentieux subjectif doit être considéré comme le cas-limite du contentieux objectif.....	336

TITRE II. — L'autorité des éléments constitutifs de la question de droit principale. Solutions abstraites, solutions concrètes et actes juridictionnels préalables.

CHAPITRE I. — Les effets indirects de l'autorité de la chose jugée.

Le problème de l'autorité de la chose jugée dans ses rapports avec les éléments constitutifs de la question principale est le même pour les solutions concrètes et les solutions abstraites 339

Mais il est plus complexe pour l'acte juridictionnel préalable. 341

§ 1. Pourquoi on doit parler des effets indirects de l'autorité de la chose jugée.

Si les éléments de la question principale peuvent bénéficier de l'autorité, c'est en raison de la place qu'ils occupent dans l'acte juridictionnel, et non en raison de leur nature. 341

§ 2. Les effets indirects de l'autorité de la chose jugée sont essentiellement positifs 345

§ 3. L'autorité des éléments constitutifs de la question principale a une portée absolue 347

§ 4. Les conditions formelles de l'attribution aux éléments constitutifs de la question principale des effets indirects de l'autorité de la chose jugée.

Le législateur est seul compétent pour l'attribution de ces effets indirects et il en fixe lui-même les conditions. Elles sont exclusivement formelles. 349

Exemple des jugements arbitraux et disciplinaires. 353

Le législateur n'a pas indiqué les conditions formelles de cette attribution. La condition essentielle est que l'acte juridictionnel doit être motivé. 355

CHAPITRE II. — L'autorité des éléments constitutifs de la question principale.

Section I. — L'autorité des solutions abstraites. Le précédent judiciaire.

La formule classique *juge made law* s'explique peut-être par la théorie de la chose jugée. 358

Section II. — L'autorité des solutions concrètes.

§ 1. La doctrine française et le problème de l'autorité des motifs en général.

Critique de la règle : l'autorité s'applique au dispositif à l'exclusion des motifs. 363

§ 2. La doctrine française et le problème de l'autorité des motifs en matière pénale.

I. Questions de propriété mobilière. 365

II. Existence et validité des contrats. 366

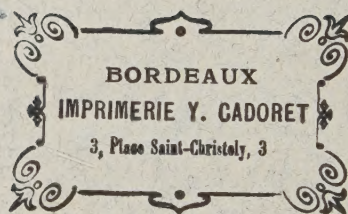
III. Les questions d'état. 367

La doctrine et la jurisprudence accordent l'autorité à de nombreux motifs qui sont, en réalité, des solutions concrètes 369

§ 3. A quelles solutions concrètes doit-on accorder l'autorité de la chose jugée ? Conditions formelles de cette attribution.	
I. A quelles solutions concrètes doit-on accorder l'autorité de la chose jugée ?	
On devrait l'accorder à toutes les solutions de cette nature.....	371
II. Conditions formelles de l'attribution aux solutions concrètes de l'autorité de la chose jugée.....	373
§ 4. Les limites au principe de l'autorité absolue appliquée aux solutions concrètes.	
I. Distinction d'une solution concrète et d'un moyen de preuve	377
II. La qualification au civil d'un fait établi et qualifié au pénal.....	378
III. L'autorité des solutions concrètes et les éléments nouveaux.....	379
Section III. — L'autorité de la chose jugée et les actes juridictionnels préalables.	
Par sa nature et par son rôle l'acte juridictionnel préalable est deux fois candidat à l'autorité.....	379
Il suffit d'accorder l'autorité à l'acte juridictionnel préalable pour paralyser des actes juridiques tels que des actes-règles, sans que ceux-ci soient annulés. Cette pratique est utilisée aux États-Unis d'Amérique.....	381
Il ne faut considérer dans l'acte juridictionnel préalable que sa qualité d'élément de la question principale. On doit lui refuser les effets directs de l'autorité.....	384
CONCLUSION DES TITRES I ET II SUR L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE. — Rapprochement entre la portée de l'acte juridictionnel et la portée de la décision consécutive.....	387
La décision consécutive a la portée de tout acte d'exécution, soit une portée absolue.....	390
TITRE III. — L'autorité absolue en présence des textes et des voies de recours.....	393
CHAPITRE I. — <i>Les textes.</i>	
L'article 1351 est conciliable avec la théorie de l'autorité absolue.....	395
L'article 100 du Code civil et l'article 887 du Code de procédure civile	404
CHAPITRE II. — <i>Les voies de recours.</i>	
Section I. — <i>La classification des voies de recours.</i>	
§ 1. Position du problème.	
Le problème de la chose jugée pose celui des voies de recours. Ce que nous entendrons par « révision ». Confusion commise entre les jugements ayant l'autorité de la chose jugée et les jugements passés en force de chose jugée. Tout jugement, définitif ou non, a l'autorité.....	406

	Pages
Distinction des effets de l'utilisation d'une voie de recours et des effets de la possibilité d'utilisation de cette voie de recours. Notre classification des voies de recours ne s'adresse qu'à la législation française et à l'interprétation qu'en donne la jurisprudence.....	410
§ 2. Les deux classes de voies de recours.	
Répartition en voies de recours portant atteinte et voies de recours ne portant pas atteinte à la chose jugée.	
L'opposition.....	411
Le pourvoi en cassation.....	413
L'appel. La théorie de l'autorité absolue conduit à l'ouvrir à toute personne intéressée, même non partie au procès.....	416
<i>Section II. — La révision.</i>	
Le concept-procès. Il doit tendre vers l'image exactement conforme à la réalité. La procédure de révision.	419
§ 1. Les conséquences de notre notion de la révision.	
I. L'utilisation de la procédure de révision ne devrait être entravée par aucun texte limitatif quant aux cas d'ouverture.....	421
II. La révision ne doit pas se prescrire par un délai courant du jour du jugement.....	426
III. La révision doit être ouverte contre tout jugement en premier et dernier ressort.	
IV. La procédure de révision ne tend pas à démontrer une violation de la loi. Erreurs de classification commises par les rédacteurs du Code de procédure.....	427
§ 2. La révision ne porte pas atteinte à l'autorité de la chose jugée.....	429
§ 3. La procédure de révision pose une question de recevabilité.	
Le rescindant et le rescisoire. Le rescindant pose la question de recevabilité et ne résout qu'elle.....	431
Le problème du rescindant est étroitement lié à celui des motifs. Conclusion finale sur les rapports des motifs et de l'autorité de la chose jugée.....	435
<i>Section III. — La tierce opposition.</i>	
Elle est une conséquence de l'autorité absolue. Elle est aux tiers ce que la révision est aux parties.....	437
§ 1. La doctrine et la jurisprudence.	
Par une théorie inexplicable, elles associent la tierce opposition et l'autorité relative de la chose jugée....	438
La théorie de M. Jèze sur les « chances d'erreurs » et la tierce opposition.....	443
§ 2. La tierce opposition pose la même question de recevabilité et produit les mêmes effets que la révision.....	444

	Pages
CONCLUSION.	
Résumé synthétique des différentes conclusions obtenues au cours de l'étude.....	449
Le point de vue matériel se révèle, en définitive, comme impuissant à créer une théorie de la chose jugée. Primauté du point de vue formel.....	450
Balance des avantages et des inconvénients de l'autorité relative et de l'autorité absolue. Il semble que, à tous égards, cette dernière doive l'emporter.....	455
BIBLIOGRAPHIE.....	461



BORDEAUX
IMPRIMERIE Y. CADORET
3, Place Saint-Christoly, 3